

# RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

16 DICIEMBRE 2015 – 15 JUNIO 2016

**Jesús Olavarría Iglesia**

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

*\* Índice sistemático*

*I. Cooperativas*

*II. Sociedades Laborales*

*III. Mutualidades de previsión social*

*IV. Asociaciones*

*V. Fundaciones*

*\* Índice cronológico*



# ÍNDICE SISTEMÁTICO\*

## I. COOPERATIVAS

### CONSEJO RECTOR

\* *ATS de 21 de enero de 2016 (Penal) (JUR 2016, 31948)*

Responsabilidad penal de administrador y presidente de cooperativa. Delito societario de administración desleal ..... 409

\* *STS de 17 de marzo de 2016 (Penal) (RJ 2016, 1096)*

Responsabilidad penal de administrador de cooperativa. Delito societario del art. 290 Código Penal: falseamiento de información contable para favorecer un proceso de absorción de una cooperativa por otra ..... 410

### RÉGIMEN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

\* *ATS de 30 de marzo (Social) (JUR 2016, 88721)*

Trabajador despedido por causas objetivas de una cooperativa que pasa a vincularse al misma cooperativa con la condición de socio trabajador, para desempeñar las mismas funciones: no corresponde al FOGASA abonar el 40% de la indemnización..... 417

\* *ATS de 7 de junio de 2016 (Social) (JUR 2016, 145501)*

Determinación de la profesión habitual de un socio cooperativista, a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente total: cuando se es cooperativista, lo que implica que puede desempeñar diversas actividades, a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total debe estarse a una determinada profesión ..... 419

## II. SOCIEDADES LABORALES

\* *ATS de 15 de diciembre de 2015 (Social) (JUR 2016, 14141)*

Sociedad Laboral. Despido: incompetencia de la jurisdicción social al ser el actor socio administrador mancomunado ..... 421

\* Abreviaturas. RJ y JUR son referencias a la base de datos de Westlaw. ATS: Auto del Tribunal Supremo. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. Disp.: Disposición.

\* STS de 29 de abril de 2016 (Social) (RJ 2016, 2122)

Reconocimiento del derecho a pensión de jubilación anticipada de socio administrador de sociedad laboral limitada constituida con su esposa e hija, ya que, además del cargo de administrador, el actor mantiene durante el intervalo en liza un prestación laboral de servicios como graduado social ..... 424

### III. MUTUALIDADES DE PREVISION SOCIAL

\* Auto de 18 de febrero de 2016 (Social) (JUR 2016, 60890)

Mutualidad de Previsión Social Profesional. Prestación por maternidad. Actor afiliado al Régimen General, casado con una abogada afiliada y en alta en la Mutualidad de la Abogacía, sin que la progenitora hubiera suscrito con la Mutualidad la prestación por maternidad que se contempla en el sistema de previsión específico para este colectivo profesional. No corresponde el derecho al padre cuando la madre no ha cubierto la contingencia con la mutualidad general de la abogacía ..... 431

\* STS de 2 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ\2016\642)

Mutualidades de Previsión Social de profesionales con colegiación obligatoria. Abogado que libre y voluntariamente opta por darse de alta en el RETA, vigente ya la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía. Solicitud de baja en el RETA por pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional Solo cabe causar bajar en el RETA por cesar en la actividad laboral por cuenta propia (en el caso de su actividad de abogado) ..... 434

### IV. ASOCIACIONES

#### ACCESO A LA CONDICIÓN DE ASOCIADO

\* ATS de 20 de enero de 2016 (Civil) (JUR 2016, 21419)

Derecho de las esposas de los socios a incorporarse a la asociación como socias de número ..... 439

### **IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS**

\* *STS de 15 de marzo de 2016 (Civil) (RJ 2016, 952)*

Asociaciones. *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de acuerdo. Acuerdo de creación de sociedad mercantil nulo por adoptarse por órgano incompetente (Junta Directiva). Junto a la regla general de cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado, también es doctrina jurisprudencial que, en determinados casos y para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el *dies a quo* puede ser el de la notificación a los socios del acuerdo disputado. Solución predicable con mayor fundamento cuando se trata de un plazo de caducidad tan breve como el aplicable en el caso ..... 449

\* *STS de 18 de mayo de 2016 (Civil) (JUR\2016\117487)*

La impugnación del acuerdo que sanciona con la expulsión de la asociación, por inobservancia de las normas internas que regulan las causas y los procedimientos disciplinarios (falta de previsión estatutaria de los hechos sancionados e inobservancia de los trámites estatutarios), está sometida al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el art. 40.3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación ..... 465

### **RESPONSABILIDAD CIVIL PRESIDENTA ASOCIACIÓN**

\* *ATS de 4 de mayo (Civil) (JUR 2016, 104638)*

Prescripción de acción de responsabilidad civil contra presidenta de la asociación por daños causados por incumplimiento de condena impuesta a la asociación. La LO 1/2002, de 22 de marzo, no contiene ninguna disposición que señale el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 15.3 por lo que de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil el plazo de prescripción será de 15 años ..... 464

### **REGISTRO DE ASOCIACIONES**

\* *STS de 31 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 2194)*

Procedencia de la denegación de solicitud de cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones. Inexistencia de extralimitación de la Administración en su función de verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para proceder a la inscripción de la cancelación solicitada. La Administración se ha limitado a comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para la disolución de la Asociación en sus propios estatutos, que requiere la previa liquidación de su activo patrimonial y a verificar que no se han aportados los documentos exigidos ..... 452

**LEGITIMACIÓN ACTIVA**

\* STS de 26 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR\2016\99160)

Asociación. Inexistencia de legitimación activa de Asociación de Promotores y Constructores para impugnar acuerdo administrativo sobre valores catastrales: se requiere que el acto impugnado, las Ponencias de Valores, afecte a un interés de la entidad recurrente que suponga una relación material entre ella y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso la produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, lo cual ni siquiera se plantea por la parte recurrente que se limita a invocar intereses colectivos ..... 461

**DECLARACION DE UTILIDAD PÚBLICA**

\* STS de 15 de febrero de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 685)

Revocación de declaración de utilidad pública. No afecta a la existencia de fines de interés general la externalización de dichas funciones públicas, mediando o no convenio: revocación improcedente ..... 441

\* STS de 3 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 819)

Una asociación cumplirá los requisitos del artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos en el citado precepto, y si se atiene a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública o cobre sus servicios a los usuarios. La Administración está obligada a motivar las razones que justifican la revocación de la citada declaración ..... 442

\* STS de 1 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR\2016\75663)

Declaración de utilidad pública. Existencia de un reiterado criterio jurisprudencial, que insiste en que las actividades que por su naturaleza sean de interés general, de conformidad con el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, no pierden ese carácter por el hecho de realizarse mediante contraprestación ..... 460

**V. FUNDACIONES**

\* STS de 15 de junio de 2016 (Civil) (JUR 2016, 138734)

Extinción de una Fundación por imposibilidad de realizar el fin fundacional. Doctrina jurisprudencial..... 471

## I. COOPERATIVAS

\* ATS de 21 de enero de 2016 (Penal) (JUR 2016, 31948)

Ponente: Andrés Martínez Arrieta

**Resumen:** *Responsabilidad penal de administrador y presidente de cooperativa. Delito societario de administración desleal.*

### Fundamentos de Derecho

«QUINTO.- (...)»

En este caso concurren los elementos del delito societario del art. 295 del Código Penal :

A) Sujeto activo es el administrador y presidente de una sociedad cooperativa.

B) Este sujeto activo ha de actuar con abuso de las funciones propias de ese cargo. El recurrente tenía facultades de disposición sobre los bienes sociales y facultades de cobro de derechos provenientes de la actuación social.

C) El recurrente actuó en beneficio propio o de tercero, y así se declara probado que en beneficio propio se apropió de dinero haciendo efectivos pagarés y procediendo a la venta de maquinaria de la sociedad, además consta en los hechos que efectuó cargos propios con dinero social.

D) Por consiguiente, el recurrente dispuso fraudulentamente de los bienes de la sociedad en perjuicio de los socios y de la propia empresa, que tuvo que cerrar.

La reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto la supresión del art. 295 del Código Penal. El recurrente considera que la conducta expresada en los hechos ha sido despenalizada y por ello debe procederse a su absolución. Como se indica en la Exposición de motivos de la reforma en relación con el delito societario y de administración desleal, las modificaciones legales obedecen a dar mayor claridad a dichos tipos penales. De esta manera corresponde determinar si la conducta expresada en los hechos probados es ahora subsumible en alguno de los tipos penales vigentes en la actualidad. Así, el actual art. 252 del Código Penal dispone lo siguiente: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”. De esta manera en los hechos probados se puede apreciar cómo el recurrente tenía facultades de administración sobre la cooperativa ya que era su administrador designado por la sociedad,

teniendo capacidad para cobrar y disponer sobre los bienes sociales. El recurrente se excedió en el ejercicio de las mismas, por cuanto en beneficio propio se hizo con el dinero proveniente de la venta de la maquinaria de la sociedad e hizo cargos personales con dinero societario. Ello causó perjuicio al patrimonio que administraba y consecuentemente a los socios. Por consiguiente, la conducta expresada en los hechos probados no ha sido despenalizada, sino que es objeto de sanción en el art. 252 del Código Penal vigente.

(...)

\* STS de 17 de marzo de 2016 (Penal) (RJ 2016, 1096)

Ponente: Alberto Jorge Barreiro

**Resumen:** *Responsabilidad penal de administrador de cooperativa. Delito societario del art. 290 Código Penal: falseamiento de información contable para favorecer un proceso de absorción de una cooperativa por otra, ocultado la situación económica que de facto se había estado produciendo en la relación entre ambas cooperativas, ocultación que en la práctica suponía el impago de una deuda que en modo alguno había sido condonada, por lo que su falta de constancia en la formalización de la absorción conllevaba necesariamente un claro perjuicio económico para la sociedad cooperativa querellante absorbente y a sus socios.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, condenó en sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 a Felicísimo por un delito societario agravado a la pena de 2 años y 1 día de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, así como al pago de 1/8 parte de las costas procesales causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular en esta proporción.

En concepto de responsabilidad civil este condenado deberá indemnizar a Tabacos de Cáceres, sociedad cooperativa, en 71.720,53 euros, cantidad que devengará el interés legal correspondiente desde la fecha de esta resolución hasta su total pago.

Fueron absueltos libremente, con todos los pronunciamientos favorables inherentes a ello, Marino, Victorio y Cosme de los delitos por los que venían acusados, dejando sin efecto las posibles medidas cautelares, tanto personales como patrimoniales que con respecto a alguno de ellos pudieran haberse acordado.

Los hechos objeto de condena se resumen, a modo de introducción, en que en el año 2004, y ante las noticias sobre la viabilidad del cultivo del tabaco que existían, se

decidió en el seno de la cooperativa Tabacos de Cáceres (en adelante Tabaco), intentar otros cultivos que en su momento pudieran ser alternativos al del tabaco. De esta cooperativa era presidente en esta época Marino y administrador y gerente Felicísimo. Después de estudiar varias posibilidades se optó por el cultivo de flor de corte para el que, siguiendo las recomendaciones de la letrada que habitualmente asesoraba jurídicamente a la cooperativa citada, se constituyó una nueva cooperativa llamada Flor de Extremadura (en adelante Florex). El presidente de esa nueva cooperativa era Victorio y administrador, primero de hecho y luego ya nombrado como tal, el ya citado Felicísimo. La asamblea constituyente de esta nueva cooperativa se celebró el 21 de septiembre de 2004.

Desde Tabaco, y para ayudarla a empezar a funcionar, se le dio a la nueva cooperativa para que hicieran un invernadero un préstamo de 52.708,34 euros a pagar en 5 años, con los correspondientes intereses, y se les arrendaron durante 5 años unos terrenos de Tabaco para que construyeran ese invernadero con una renta de 3000 euros anuales que se actualizarían cada año según el IPC. Igualmente, el 14 de julio de 2005 se firmó un documento entre Tabaco y Fiorex en virtud del cual la primera concedía un préstamo máximo de 120.000 euros a la segunda, pagadero también en los 5 años siguientes y con el interés pactado. Y finalmente le avaló un crédito solicitado por Florex a Caja Extremadura. Además, se contrató como trabajadora de Tabaco una ingeniera agrícola cuyo sueldo abonaba Tabaco, si bien llevaba la explotación de Florex, contrato suscrito por Felicísimo en nombre y representación de Tabaco. Por último, se pagó una factura por Tabaco por importe de 19.167,25 euros de productos fitosanitarios que habían sido utilizados en el cultivo propio de Florex.

En 2008, y una vez que se había comprobado la imposibilidad de continuar con esa cooperativa de Florex, en la que ya sólo quedaban cuatro miembros, que habían efectuado una aportación de 30.000 euros cada uno para intentar reflotarla, se propuso a Tabaco la absorción por su parte de Florex para lo que se elaboró un llamado Informe Activo-Pasivo a fecha 2 de septiembre de 2008, que pretendía reflejar el estado económico de la cooperativa Florex a esa fecha. En ese documento, elaborado por Felicísimo y en el que colaboró el contable de Tabaco por orden suya, y sin que se haya acreditado la participación en su elaboración de Victorio, presidente de Florex, ni que el mismo supiera que ese estado no era el real, se confeccionó una situación económica más favorable para Florex de la realmente existente para que la asamblea de socios de Tabaco aprobase la absorción con un perjuicio económico para ésta cifrado en 71.720,53 euros procedente de las siguientes partidas: 6.538,64 por alquiler, 3.358,68 por intereses no abonados y 19.167,25 por la factura abonada de Florex, a lo que habría que añadir el salario de la ingeniera agrícola durante el tiempo trabajado, del 9-8-2004 al 9-11-2006, partiendo de un salario mensual de 1.173,05 y 14 pagas

anuales, 7.038,3 euros por los meses correspondientes a 2004, 16.422,7 euros de 2005, y 13.255,46 de 2006, más el finiquito por un importe de 5.939,50 euros.

Contra la sentencia recurrió en casación la defensa del condenado, formalizando un total de cuatro motivos.

SEGUNDO.- 1. En el motivo primero del recurso denuncia la defensa del acusado, con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al considerar que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

(...)

2. En la sentencia recurrida, en contra de lo que alega la parte recurrente, se exponen detalladamente varios medios probatorios que integraron la prueba de cargo sobre la que se asentó la certeza de la hipótesis fáctica de las acusaciones.

En efecto, en el primer fundamento de la sentencia argumenta la Audiencia que el documento de 2 de septiembre de 2008 no refleja la situación económica real de la Cooperativa Florex, circunstancia que ha reconocido el propio recurrente y las demás personas que depusieron sobre ese extremo. En concreto, el contable de la entidad y también los peritos, tanto el de las acusaciones como el de la defensa, admitieron que algunas partidas debidas a la cooperativa Tabaco por parte de Florex no figuraban en el referido documento. Se señalan al respecto en el informe pericial de la acusación la deuda por el alquiler de la parcela en la que se ubicaba el invernadero y los intereses del crédito que Tabaco le había concedido en su día a Florex; así como la remuneración de una ingeniera agrícola que, si bien figuraba contratada formalmente por Tabaco, prestaba sus servicios profesionales sólo para Florex, salvo alguna prestación puntual para Tabaco. A tales partidas se suma también la factura de 19.167,25 euros de productos fitosanitarios utilizados en la explotación de flor de corte.

La Audiencia precisa que ese documento en que se omitían tales partidas se había elaborado para acreditar la situación jurídica y sobre todo económica de la entidad con el fin de ser presentado a los socios de Tabaco para ver si aprobaban la propuesta de absorción de Florex por parte de la querellante. Se ocultaba en él un pasivo real de Florex con respecto a Tabaco que alcanzaba la suma de 71.720 euros, omisión que generaba un perjuicio patente para la querellante.

Destaca también la Audiencia la declaración de Serafina, quien afirmó que ella misma pagó la factura de 19.167,25 euros como si fuera de Tabaco; sin embargo, precisó la testigo, esos productos que se estaban pagando se habían utilizado en el cultivo de la flor y no del tabaco, siendo el acusado, en la condición de administrador de las dos entidades, la persona que dio la orden de que pagase la factura con cargo Tabaco.

Y en lo referente al contrato de la ingeniera agrícola, fue el recurrente quien formalizó el contrato laboral con esa trabajadora (folios 62 y ss. de la causa). Ésta manifestó en la vista oral del juicio, según recoge la sentencia, que ella trabajaba en el invernadero y llevaba técnicamente todo lo relacionado con la flor de corte, aunque alguna vez, sólo muy puntualmente, había realizado algún trabajo para Tabaco. Declaró también que la contrataron para aportar sus conocimientos técnicos sobre la plantación de flor.

3. Frente a ese acervo probatorio de cargo plural, diáfano y consistente, se limita la parte a cuestionar el informe que emitió el perito de la acusación Pedro Enrique (folios 92 y ss. de la causa), dictamen que expone con todo tipo de detalles - en cuanto a anualidades, conceptos, partidas y cifras- cuál era el estado real económico de la cooperativa Florex cuando se iba a proceder a la absorción por la querellante. El informe fue después ratificado en la fase de instrucción (folios 449 y 1401) y en la vista oral del juicio.

La defensa no entra a cuestionar las partidas concretas del informe sino que expresa una serie de generalidades relativas a la forma en que fue confeccionado, por haber recogido la documentación que le aportó la parte querellante sin oír debidamente al contable de Florex ni a otras personas ajenas a la parte que contrató al perito. Y también se queja de la falta de las explicaciones debidas sobre las diferentes partidas, si bien no concreta cuáles son éstas ni tampoco las irregularidades o deficiencias específicas del informe que impugna.

De otra parte, y tal como se señala en la sentencia impugnada, el perito de la defensa coincidió con el informe de la acusación en algunas de las partidas que se habían omitido en el documento falso a la hora de plasmar la situación económica de la cooperativa Florex, sin que conste una explicación fundamentada de las razones por las que no incluye otras.

Así las cosas, a la vista de la prueba testifical, documental y pericial de cargo y la inconsistencia y precariedad de la genérica argumentación de la defensa para contrarrestarla, se considera debidamente enervada la presunción de inocencia.

El motivo no puede, pues, prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo invoca la parte recurrente, al amparo del art. 851.1º, inciso primero, de la LECr., el quebrantamiento de forma consistente en que la sentencia recurrida no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos declarados probados.

(...) en el presente caso la parte recurrente no especifica ningún apartado o inciso del “factum” de la sentencia recurrida incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total en la descripción fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas

que imposibiliten saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado. Ni tampoco se citan en el recurso expresiones dubitativas o ambiguas que integren el vicio procesal que se denuncia.

En realidad la parte limita sus alegaciones a quejarse genéricamente de la falta de motivación probatoria de la sentencia, cuestión que nada tiene que ver con el motivo que formula y que, además, ya ha sido tratada en el fundamento precedente.

Siendo así, el motivo no puede acogerse.

CUARTO.- 1. En el motivo tercero , por la vía procesal del art. 849.1º de la LECr., se denuncia la infracción del art. 290 del C. Penal por su aplicación indebida al supuesto enjuiciado.

Aduce el recurrente que desde el primer momento todos los departamentos de la Cooperativa Tabaco trabajaban para el proyecto de Florex con el conocimiento y el consentimiento del Consejo Rector de aquélla. Y lo mismo ocurría con la ingeniera técnico agrícola Eloisa, contratada por Tabaco en el Consejo Rector de 29 de julio de 2004 con el fin de que realizara su labor en la cooperativa, siendo también despedida por el Consejo Rector de Tabaco de 24 de octubre de 2006. Pese a lo cual la Audiencia consideró sus salarios un gasto de Florex.

La parte recurrente considera por tanto que no concurría ninguna falsedad en el documento conflictivo de 2 de septiembre de 2008, dado que toda la situación de hecho que concurría era conocida por el Consejo Rector de Tabaco y no se intentaba ocultar por el acusado extremo alguno para que se aprobara la absorción de Florex por la cooperativa querellante.

De otra parte, alega también el impugnante que ni actuó con dolo falsario ni tenía intención de causar perjuicios a la cooperativa querellante. Dice que sería ilógico que intentara ocultar la situación económica de la Cooperativa Florex puesto que antes o después se conocería la situación real. Y señala también que ante las deudas de Florex, todas ellas con la misma acreedora (Tabaco), sería absurdo instar un concurso de acreedores o vender el activo de Florex a un tercero con el fin de pagar con ese dinero a la Cooperativa Tabaco. Por todo lo cual, aduce el acusado que no realizó una conducta dolosa orientada a perjudicar a la entidad querellante ocultando las deudas reales de Florex.

2. En las sentencias 655/2010, de 13 de julio , 194/2013, de 7 de marzo , y 822/2015, de 14 de diciembre , se afirma que el tipo descrito en el art. 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las “cuentas anuales” o de “otros documentos”. El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes econó-

micos y financieros, se determina en la definición legal con un “*numerus apertus*” en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11).

El delito se comete cuando se falsean las cuentas “de forma idónea” para causar “un perjuicio económico”. Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es “el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”.

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010, “falsear” en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

3. Pues bien, en el caso que se juzga el acusado, en contra de lo que alega en su recurso, sí elaboró un documento mediante el que ocultó en el ámbito jurídico la

situación económica que de facto se había estado produciendo en la relación entre ambas cooperativas. Y ello porque, aun siendo posible que el Consejo Rector de la Cooperativa Tabaco estuviera autorizando de hecho préstamos a la Cooperativa Florex y le prestara también servicios sin hacer liquidación alguna de su coste, es claro que esto no significaba que le estuviera aportando gratuitamente el importe de las sumas prestadas ni el coste de los servicios de los que se estaba aprovechando una cooperativa que era distinta y autónoma de la querellante, ya que ambas se hallaban integradas por distintos socios.

Por consiguiente, una cosa es que se hubiera creado una situación de hecho en la que la querellante prestaba dinero a la nueva cooperativa, le proporcionaba servicios provisionalmente y le arrendaba algún terreno, y otra cosa muy distinta es que cuando se hace una liquidación del activo y pasivo de la cooperativa favorecida por esa situación meramente de hecho (Florex), liquidación que se formaliza en un documento como trámite previo a la absorción de esa última por parte de la querellante, el acusado omita en el documento en que se plasma el activo y el pasivo una parte importante del saldo deudor que se había generado en los años precedentes por los préstamos y prestaciones de Tabaco a Florex. Ocultación que en la práctica suponía el impago de una deuda que en modo alguno había sido condonada, por lo que su falta de constancia en la formalización de la absorción conllevaba necesariamente un claro perjuicio económico para la sociedad cooperativa querellante.

Frente a ello no cabe esgrimir como argumento excluyente del delito falsario la circunstancia de que algunos integrantes del Consejo Rector de la querellante conocieran la situación claramente acreedora de su entidad, ya que aquí no se está condenando por una conducta engañosa propia de un delito de estafa, sino por un delito falsario que requiere simplemente alterar la realidad económica de una cooperativa en perjuicio de los socios de otra mediante la creación de un documento idóneo para ello. Idoneidad que no se desvanece por el hecho de que alguno de los integrantes de la cooperativa querellante pudieran conocer y reaccionar frente a la presentación del documento falsario, que, en principio, sí era idóneo y apto para perjudicar a la cooperativa querellante. De hecho, ésta tardó en reaccionar y en percatarse del notable perjuicio que se le estaba infringiendo mediante una absorción que anidaba en el apartado de la contabilidad una falsedad que ocultaba importantes deudas de cuyo pago se libraba la cooperativa Florex en perjuicio de Tabaco. Pues lo cierto es que la propuesta formulada en el documento falso fue aprobada por mayoría en la asamblea de Tabaco celebrada el 26 de septiembre de 2008 (folios 157 y ss. de la causa).

Por lo demás, una persona que elabora ese documento con unas patentes ocultaciones falsarias tiene conocimiento de la manipulación que realiza, y también lo tiene del perjuicio que con ello está ocasionando a la querellante. No puede, pues, con

tales conocimientos alegar en su defensa que no tiene voluntad de causar unos perjuicios que se derivan claramente de la elaboración y aportación de ese documento con motivo de una operación de absorción que acaba así produciendo efectos perjudiciales para el patrimonio de la querellante.

Si a todo ello le sumamos que el acusado era el administrador y gestor de ambas sociedades cooperativas, y que en tal condición las gestionaba de hecho, sólo cabe concluir que se cumplimentan todos los elementos objetivos y subjetivos necesarios para considerarlo autor del tipo penal del art. 290 del C. Penal .

A tenor de lo que se acaba de exponer, es claro que el motivo no puede prosperar.  
QUINTO. (...)

SEXTO.- En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.)».

\* **ATS de 30 de marzo de 2016** (Social) (*JUR 2016, 88721*)

Ponente: Rosa María Virolés Piñol

**Resumen:** *Trabajador despedido por causas objetivas de una cooperativa que pasa a vincularse con la misma cooperativa con la condición de socio trabajador aportando 58.000 euros, para desempeñar las mismas funciones que desarrollaba antes: no existen razones objetivas para amortizar el puesto de trabajo, sino para aplicar una suspensión de la relación laboral y por lo tanto no corresponde al FOGASA abonar el 40% de la indemnización.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...)

Consta en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 22 de enero de 2015 (Rec. 860/2014), que el actor venía prestando servicios para la empresa Unitrame Tarazona SCL como auxiliar administrativo, siendo despedido por causas objetivas con efectos de 17-11-2010, por lo que solicitó el 01-08-2011 el abono por parte del FOGASA del 40% de la indemnización conforme al art. 33.8 ET , lo que le fue denegado por constar que a partir del 01-06-2011, volvió a vincularse a la empresa con la misma categoría de administrativo y desempeñando las mismas funciones, si bien como socio trabajador aportando 58.000 euros en dos plazos. Consta que la empresa había obtenido autorización administrativa de 17-12-2010 para el cese de 4 socios trabajadores y la reducción de jornada en un 50% por seis meses para otros 6 socios y un trabajador, reconociéndose en situación

legal de desempleo el 07-02-2013 a los 7 socios, incluido el demandante, por la reducción de sus jornadas en un 43,75% durante un año, en virtud de decisión adoptada en Asamblea General Extraordinaria de 20-01-2013.

Reclama el trabajador que se le abone por parte del FOGASA el 40% de la indemnización por despido, pretensión desestimada en instancia, cuya sentencia es confirmada en suplicación, por entender la Sala, con transcripción de la STS 10-12-2013 (Rec. 3002/2012), que no se está ante un supuesto de fraude de ley, sino ante un supuesto en el que hay que dilucidar si procede que el FOGASA abone el 40% de la indemnización, lo que no procede por cuanto no existían razones objetivas para amortizar el puesto de trabajo, sino para aplicar una suspensión de la relación laboral como ya se venía haciendo con otros socios trabajadores y trabajadores de la empresa.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, pretendiendo se le abone por el FOGASA el 40% de la indemnización por despido por causas objetivas, invocando de contraste la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2005 (Rec. 1196/2004), en la que consta que la actora prestó servicios para el Colegio concertado los Sagrados Corazones hasta el 26-06-2002 en que fue despedida por causas objetivas, siendo contratada por el Colegio de los Reverendos Padres Salesianos mediante contrato a tiempo parcial con jornada reducida al 72%, como consecuencia del Acuerdo de 29-05-2003 para el mantenimiento del empleo en el sector, según el cual los profesores afectados por la extinción podrían ser recolocados con reconocimiento de la antigüedad que tenían en el centro de origen. Tras solicitar que el FOGASA le abonara el 40% de la indemnización por despido objetivo, dicha pretensión fue estimada en suplicación, confirmando la Sala IV la misma, por entender que la recolocación no supone la continuación de la relación contractual anterior, sino el nacimiento de un nuevo contrato con diferente empleador concertado como consecuencia de la existencia de un acuerdo, por lo que habiéndose producido un perjuicio a la trabajadora por la extinción contractual, puesto que la nueva contratación lo ha sido a tiempo parcial, procede que el FOGASA abone el 40% de la indemnización por despido.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, por cuanto no existe identidad en los hechos que constan probados, de ahí que en atención a los mismos las razones de decidir difieran sin que puedan considerarse los fallos contradictorios. En efecto, en la sentencia recurrida lo que consta es que si bien el trabajador fue despedido por causas objetivas, pasó a vincularse con la empresa con la condición de socio trabajador aportando 58.000 euros en dos plazos, para desempeñar las mismas funciones que desarrollaba antes, de ahí que la Sala entienda que no existían razones objetivas para amortizar el puesto de trabajo, sino para aplicar una suspensión de la relación laboral y por lo tanto no corresponde al

FOGASA abonar el 40% de la indemnización, mientras que en la sentencia de contraste lo que consta es que como consecuencia de un Acuerdo de recolocación en que se preveía el mantenimiento de la antigüedad, y tras el despido por causas objetivas de la actora de un colegio, pasó a prestar servicios en otro distinto a tiempo parcial, de ahí que la Sala entienda que no se está ante un supuesto de mantenimiento del empleo en la misma empresa sino en otra, con perjuicio para el trabajador, de ahí que el FOGASA deba abonar el 40% de la indemnización por despido.

(...)

\* **ATS de 7 de junio de 2016** (Social) (*JUR 2016, 145501*)

Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

**Resumen:** *Determinación de la profesión habitual de un socio cooperativista, a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente total: cuando se es cooperativista, lo que implica que puede desempeñar diversas actividades, a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total debe estarse a una determinada profesión.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...)

Consta en la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 1340/2015) -no aclarada por Auto de 29 de septiembre de 2015-, que el actor, cooperativista en Ampo S. cooperativa, solicitó el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, presentando las dolencias que constan acreditadas en el hecho probado tercero. En instancia se desestimó la demanda por entender que las lesiones no imposibilitaban al actor la realización de su profesión habitual de “socio cooperativista”. En suplicación se revoca la sentencia de instancia para declarar al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión, por entender la Sala que la profesión no coincide con el puesto de trabajo, sino que integra todas las actividades propias de la misma, lo que no puede impedir a un socio cooperativista el determinar cuál es su profesión, ya que si bien un socio cooperativista puede desarrollar una pluralidad de funciones, ello no puede suponerle una separación de su actividad profesional que implique una indefinición de su profesión, y en el presente supuesto se acredita y demuestra la vinculación del actor con la actividad de pintor, por lo que poniendo en relación las dolencias que presenta con dicha profesión, procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total.

Contra dicha sentencia recurren en casación para la unificación de doctrina el INSS y la TGSS, planteando como cuestión “la determinación de la profesión habitual, de un socio cooperativista, a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente total, en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional”, es decir, planteando si en supuestos de socios cooperativistas debe reconocerse como profesión habitual la de socio-cooperativista u otras.

Invocan los recurrentes de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 27 de mayo de 2014 (Rec. 867/2014), en la que consta que el actor, afiliado al RETA y prestando servicios para la empresa Electra Vitoria Sociedad Cooperativa, desarrollando labores propias de operario en una fábrica de ascensores con la categoría profesional de oficial 1ª, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de “autónomo cooperativista metal”, por lo que tras dicho reconocimiento se le asignó el puesto de montador de limitadores, presentando demanda contra la resolución del INSS que le declaraba en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de “autónomo cooperativista metal”, por entender que procedía el reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente por considerar que tal situación era compatible con la profesión de “montador de limitadores” que actualmente desempeña en la cooperativa donde trabaja, que se dedica a la fabricación de ascensores. En instancia se considera que no procede la revisión del grado incapacitante y además que no es correcta la profesión indicada por el INSS a efectos de la incapacidad permanente total, ya que se alude a la cualidad de socio cooperativista en un sector industrial, pero no a una profesión, por lo que valorando la categoría profesional del demandante (oficial primera) y las funciones que desarrollaba en el puesto de trabajo que ocupaba antes de la declaración en situación de incapacidad permanente (puesto de trabajo de fabricación-corte de cable), la profesión a tener en cuenta a efectos legales es la de “operario metalúrgico en fábrica de ascensores”, integrándose el nuevo puesto de trabajo (montador de limitadores) dentro de la misma profesión de operador metalúrgico, aunque en dicho puesto se realicen trabajos más livianos, de ahí que no pueda hablarse de compatibilidad entre la prestación y el nuevo puesto de trabajo. La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia, por entender que si bien las labores que hace el actor después de que se le cambie de puesto de trabajo son más livianas en lo físico que las anteriores, las mismas están incluidas dentro de los cometidos que puede realizar un operario metalúrgico de fábrica de ascensores, a lo que se añade que no consta que el actor recibiese formación especial para ocupar el nuevo puesto de trabajo ni que se exija ésta, lo que implicaría que en realidad del actor estaría desempeñando otras funciones diferentes pero amparadas por la movilidad funcional.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, teniendo en cuenta que en la sentencia recurrida lo que se plantea y discute es cómo debe concretarse la profesión habitual a que refiere el art. 137 LGSS para la determinación de si procede, en atención a las dolencias padecidas, el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total de un socio cooperativista, fallando la Sala en atención a que cuando se es cooperativista, lo que implica que puede desempeñar diversas actividades, a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total debe estarse a una determinada profesión, acreditándose en el supuesto que ésta es la de pintor, por lo que teniendo en cuenta dicha profesión y poniendo las actividades propias de la misma en relación con las dolencias padecidas, procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total; por el contrario, en la sentencia de contraste, como consecuencia del reconocimiento del actor por resolución del INSS en situación de incapacidad permanente total para la profesión de “autónomo cooperativista metal”, habiendo desarrollado el actor antes de dicha declaración funciones en el “puesto de fabricación corte de cable”, lo que se plantea y discute es bien distinto, ya que la Sala resuelve en atención a si es compatible el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total con el desempeño de un trabajo como “montador de limitadores”, que es más liviano que el desempeñado en el “puesto de fabricación de corte de cable”, actividad que desarrollaba el actor antes del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, fallando la Sala que ello no procede por ser incompatible con la incapacidad permanente total reconocida. (...)»

## II. SOCIEDADES LABORALES

\* ATS de 15 de diciembre de 2015 (Social) (*JUR 2016, 14141*)

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

**Resumen:** *Sociedad Laboral. Despido: incompetencia de la jurisdicción social al ser el actor socio administrador mancomunado.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...)»

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 15-10-2014 (R. 2281/2013), desestima el recurso de suplicación interpuesto por

el actor y confirma la sentencia de instancia, que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, absolviendo en la instancia a los demandados en la acción de despido ejercitada.

Consta que el actor comenzó a prestar servicios para la empresa demandada, LOGI DAMT, SL, el 5-12-2000, con la categoría de conductor primera, en la actividad de transporte de mercancías por carretera. Dicha sociedad laboral fue constituida en la indicada fecha por el actor y otros cuatro socios, a partes iguales, siendo todos administradores mancomunados (pudiendo actuar dos de ellos). El 25-3-2011 el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor. El 27-6-2011 suscribe con la sociedad un contrato de trabajo eventual para llevar a cabo determinadas tareas en el departamento de administración, con la categoría de auxiliar administrativo, contrato que se dio por extinguido el 26-6-2012, por llegada del término. Hasta el 25-3-2011 los cinco socios percibían la misma remuneración, y a la retribución mensual se añadía en julio y diciembre de cada año una cantidad adicional en concepto de plus de productividad para retribuir sus funciones de administración. Desde su contrato de junio de 2011, el actor recibe una retribución mensual inferior a la de los demás socios, salvo el plus de productividad de julio y diciembre, que sigue siendo igual.

La Sala de suplicación, tras referir la notas que debe reunir el contrato de trabajo, confirma el fallo de instancia, pues el actor fue socio fundador de la sociedad y desde esa fecha fue uno de los cinco socios mancomunados a partes iguales, y al ser declarado en incapacidad permanente total suscribió un contrato eventual por un año, pero continuó percibiendo, como los demás, en julio y diciembre de cada año una cantidad adicional para retribuir sus funciones de administración, art. 21 Ley 4 / 1997 , de Sociedades Laborales , en la redacción dada por el art. 34 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre , pues no consta un plan de productividad a abonar en esta empresa ni un pacto de abono de beneficios.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el actor y tiene por objeto determinar la competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda planteada.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 21-4-2005 (R. 268/2005), que estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y declara la nulidad de la sentencia de instancia para que se dicte otra en la que desestimando la excepción de incompetencia de Jurisdicción planteada se entre a conocer del fondo del asunto debatido.

Consta que el actor y tres hermanos -a su vez cuñados del actor- eran socios fundadores de una sociedad limitada, ostentando cada uno de ellos inicialmente el 25% del capital social. Inicial y sucesivamente fueron administradores únicos de la sociedad

dos de los cuñados y consocios del actor; el 16-12-2003 se nombraron administradores mancomunados al actor y a otro de los socios, cargo que ostentó el actor hasta el 14-4-2004 por renuncia al mismo. En febrero de 2004 uno de los socios pasó a tener el 75% del capital -por haber comprado las participaciones sociales de sus hermanos- y en abril de 2004 fue nombrado administrador único. Dicho administrador remitió al actor dos burofaxes en los que, esencialmente, le prohibía el acceso a las instalaciones de la empresa, le indicaba que había dejado de prestar servicios para la misma así como le recordaba que no tenía facultades para disponer de bienes o dinero de la sociedad, comunicaciones que para la Sala de suplicación tienen el valor de carta de despido. El actor estaba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de la empresa demandada, cobraba sueldo, se le entregaban nóminas y tenía categoría de oficial 1ª, conduciendo una furgoneta de reparto.

Señala la Sala que en el caso del actor está clara la ajenidad al no tener la mayoría del capital social de la empresa, ni tampoco un control efectivo de la misma ya que es minoritario respecto del otro socio que tiene el 75 %, siendo un dato fundamental a tener en cuenta el hecho de ser este administrador único, pudiendo comprometer personalmente a la empresa por sí mismo y sin necesidad de la intervención de otra persona; y los servicios que prestaba de oficial 1ª de la empresa por los que percibía una retribución neta de 1008,13 euros mensuales constituyen un auténtico trabajo deslindable de su posición de socio de la empresa y retribuyen trabajo efectivo en régimen de ajenidad y dependencia. Así pues, ha de entenderse que existe una autonomía completa de su trabajo efectivo respecto de su condición de socio, siendo la retribución mencionada un auténtico salario que retribuía su trabajo, en virtud del cual recibía instrucciones del empresario demandado como administrador repartiendo y montando cocinas y electrodomésticos, siendo equiparable a cualquier trabajador de la empresa como se puede observar de la simple lectura de la carta de despido.

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En efecto, la posición de cada uno de los demandantes en las respectivas empresas es diferente. En la sentencia de contraste el actor, aunque fue socio fundador y durante un año, administrador mancomunado, a la fecha no tiene más que un 25% del capital social de la empresa, y no tiene un control efectivo de la misma ya que es minoritario respecto del otro socio que tiene el restante 75%, siendo este otro socio el administrador único, pudiendo comprometer personalmente a la empresa, por sí mismo y sin necesidad de la intervención de otra persona; y los servicios que prestaba el actor de oficial 1ª de la empresa por los que percibía una retribución mensual constituyen un auténtico trabajo deslindable de su posi-

ción de socio de la empresa y retribuyen trabajo efectivo, en virtud del cual recibía instrucciones del empresario, repartiendo y montando cocinas y electrodomésticos, siendo equiparable a cualquier trabajador de la empresa. Y no es esto lo acreditado en la sentencia recurrida, en la que el actor fue socio fundador de la sociedad y desde esa fecha fue uno de los cinco socios mancomunados a partes iguales, y al ser declarado en incapacidad permanente total suscribió un contrato eventual por un año, pero continuó percibiendo, como los demás, en julio y diciembre de cada año una cantidad adicional para retribuir sus funciones de administración, tratándose de una sociedad limitada laboral respecto de la que no consta un plan de productividad a abonar en la empresa ni un pacto de abono de beneficios.

(...)

\* STS de 29 de abril de 2016 (Social) (RJ 2016, 2122)

Ponente: Jordi Agustí Juliá

**Resumen:** *Reconocimiento del derecho a pensión de jubilación anticipada de socio administrador de sociedad laboral limitada constituida con su esposa e hija, ya que además del cargo de administrador el actor mantiene durante el intervalo en liza un prestación laboral de servicios -como graduado social.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- 1. La sentencia aquí recurrida en casación unificadora -dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla-León, con sede en Valladolid, en fecha 13 de noviembre de 2013 (recurso 1271/2013) - estima parcialmente el recurso de suplicación presentado por el demandante contra la sentencia de 31 de julio de 2013 del Juzgado de lo Social número uno de Salamanca (autos 359/2013), revocando el fallo de la misma, para, en su lugar, estimar parcialmente la demanda presentada y reconocer al demandante el derecho a percibir una pensión de jubilación sobre una base reguladora de 1166,01 euros y con una reducción por anticipo del 22%, siendo por tanto la cuantía del 78% de 1166,01 euros, con efectos de 1 de febrero de 2013, condenando a su abono a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. En presente caso, según los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las circunstancias siguientes : a) Consta probado que el actor, nacido en 1951, en septiembre de 1997, constituyó la sociedad limitada laboral “Laboristas Servicios Profesionales Especializados S.L.L.”, siendo los tres socios fundadores, convivientes, el actor, su esposa y su hija, los dos primeros con condi-

ción de administradores solidarios y el primero -actor- y la última -hija— como trabajadores. Cada uno de los tres socios eran titulares de 1/3 de las particiones de la sociedad; b) El actor, que venía percibiendo una retribución mensual por su trabajo en la sociedad, permaneció de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador desde el 1 de octubre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1998, y en el RETA desde el día 1 de enero de 1999 hasta el día 31 de diciembre de 2012 y en Convenio Especial de Autónomos desde el día 1 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2013 al haber pasado a la situación de pensionista con fecha 1 de febrero de 2013; c) El actor el 14-10-2011 remitió carta a la sociedad Laboralistas Servicios Profesionales Especializados S.A. presentando su dimisión en el cargo de administrador solidario de la misma, que fue aceptada; d) Tanto el actor como su hija se dedicaban a su actividad de forma personal y directa y siendo su relación laboral por tiempo indefinido; e) La entidad “Laboralista Servicios Profesionales Especializados S.L.L.” entregó al actor en fecha 15-12-2012 comunicación escrita comunicándole la decisión de la empresa de proceder al cese en la actividad y a la amortización de los contratos de trabajo con los dos socios trabajadores existente mediante el procedimiento del despido objetivo; f) El actor presentó escrito de fecha 15 de enero de 2013 ante el INSS solicitando pensión de jubilación, dictándose resolución por la Dirección Provincial del INSS en fecha 4 de febrero de 2013 acordando aprobar a favor del actor una pensión de jubilación con una base reguladora de 1.166,01 euros, un porcentaje de pensión del 68%, una pensión inicial de 792,89 euros mensuales en 14 pagas anuales y computando un total de 43 años cotizados; g) Contra dicha resolución el actor formuló reclamación previa en fecha 25 de febrero de 2013 que fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 19 de marzo de 2013; h) Con fecha 27 de febrero de 2013 el actor formuló solicitud ante la Agencia Tributaria de alta en el impuesto de actividades económicas para la actividad de Graduado Social, comunicando al INSS en fecha 1 de marzo de 2013 el inicio de una actividad laboral por cuenta propia, en base a lo cual la Dirección Provincial acordó suspender la prestación de jubilación que venía percibiendo por estar realizando trabajos por cuenta propia; i) Desde esa fecha de 1 de marzo de 2013 el actor figura dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos; j) El actor pretende que se le reconozca una jubilación anticipada, que el INSS ha autorizado, siendo lo que se discute la cuantía de la base reguladora y el porcentaje.

3. La ya señalada sentencia recurrida, resuelve en primer lugar la cuestión -que suscita el INSS en su recurso-, relativa a si la relación entre el actor y la sociedad limitada laboral de la que era socio (y administrador hasta octubre de 2011) y en la que prestaba sus servicios habituales dirigidos a terceros como graduado social era o

no laboral, así como el correcto encuadramiento en el sistema de Seguridad Social. La Sala de suplicación tras cita normativa y jurisprudencial destaca que el actor realizaba, al tiempo de desempeñar su puesto de administrador de la sociedad, otras funciones que nada tenían que ver con la dirección de la misma, realizadas de forma habitual y directa, no amparadas en cláusula alguna de los estatutos sobre prestaciones accesorias, que permiten considerar la existencia de una relación laboral en paralelo a la condición de administrador, y al no constar probado que en los estatutos sociales se pactase en los términos exigidos por la jurisprudencia la remuneración por el cargo de administrador, las cantidades que se acordó por la Junta de la sociedad abonar al actor han de imputarse a esa prestación de servicios laborales ordinarios. Con ello concluye la Sala, en primer término, que la condición de administrador del actor, en la que cesó en el año anterior a su despido, no excluye su condición de trabajador por cuenta ajena como graduado social por cuenta de la sociedad. Tras plasmar esta convicción la Sala pasa a analizar si la condición de administrador (un 33,33%, concurrente con iguales porcentajes de su cónyuge y de su hija, con los que convive) obstaculiza la consideración de la existencia de una relación laboral. Al efecto, mantiene la Sala que la DA 27<sup>a</sup> LGSS establece, en función de tal condición de socios, una presunción “*iuris et de iure*”, determinando el encuadramiento obligatorio en el RETA, y una presunción *iuris tantum*, pero que esta norma no es aplicable al caso de autos porque se trata de una sociedad laboral. Y para estas sociedades inicialmente el art.21 de la Ley 4/1997, disponía que “todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas”. Previsión que se modificó por la Ley 50/1998, previendo, por lo que aquí interesa, que “... los socios trabajadores estarán incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el cincuenta por cien, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares”.

Dadas las circunstancias fácticas concurrentes —la participación en el capital social del actor, unida a las de su cónyuge e hija con las que convive, excede del 50%, y no constando acreditado en modo alguno que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiera del concurso de personas ajenas a esas relaciones familiares—, el actor, entiende la Sala, tenía necesariamente que estar encuadrado en el RETA. Dicho esto, la Sala valora la pretensión de la parte, que es en realidad acceder a la jubilación anticipada al amparo de la disposición transitoria tercera de la Ley General

de la Seguridad Social (modalidad de régimen transitorio a partir de los 60 años para quienes tuviesen la condición de mutualistas en mutualidad de trabajadores por cuenta ajena el 1 de enero de 1967), con los coeficientes reductores del 6% por año de anticipo y 2% por trimestre conforme a la regulación introducida por la Ley 27/2011 y con el cálculo de la base reguladora previsto en el número dos de la disposición transitoria quinta en la redacción dada por la Ley 27/2011. La Sala considera que el encuadramiento actual del actor en el RETA no es obstáculo al reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada de Derecho Transitorio por esta vía, que el propio INSS le ha reconocido, pero en cuantía inferior a la pretendida. Al efecto, entiende la Sala “el problema entonces no es el encuadramiento, que se ha entendido correctamente situado en el Régimen de Autónomos, ni el derecho a la pensión en sí mismo, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos en las disposiciones transitorias tercera y quinta de la Ley General de la Seguridad Social para beneficiarse del descuento reducido del 6% por anticipo de la pensión (que supondría un cálculo de la misma con un descuento del 22% en lugar del 32% aplicado, de manera que el coeficiente aplicable sería del 78% y no del 68%) y del método de cálculo de la base reguladora conforme al cual la misma sería del 1334,65 euros en lugar de 1166,01 euros”. Sobre este punto, destaca la sentencia que el actor era mutualista el 1-1-1967, tiene la edad que la norma exige y acredita más de cuarenta años de cotización, y ha de considerarse que su relación se extinguió contra su voluntad (despido por causas objetivas).

Por el contrario, por lo que al recurso del trabajador interesa, descarta la Sala la aplicación al caso de la disposición transitoria quinta, número dos, de la Ley General de la Seguridad Social, que dice que “desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el artículo 208.1.1 y, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior”. Mantiene la Sala, que el actor cumplió los 55 años en 2006 y desde esa fecha no resulta que haya sufrido una reducción al menos durante veinticuatro meses de sus bases de cotización.

4. Contra esta sentencia de duplicación, tanto el INSS como el trabajador demandante interponen recurso de casación unificadora, La Entidad Gestora suscitando como cuestión litigiosa la existencia de una relación laboral que permita la aplica-

ción de los porcentajes propios de la finalización involuntaria de la prestación de servicios en la jubilación anticipada; y el trabajador discutiendo el importe de la base reguladora. La sentencia aportada de referencia por el INSS es la del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 16 de marzo de 2012 (recurso. 2654/2011), resuelve un supuesto en el cual el demandante, nacido en 1949, constituyó junto con sus dos hijos y su esposa con los que convivía, la sociedad limitada laboral Gamcyre de la que el actor era administrador único, siendo los titulares de todas las participaciones el padre y los hijos al 33% cada uno y la madre al 1%. Dicha sociedad se transformó en sociedad limitada en fecha 1-2-2010, procediendo a ampliar su objeto social. El actor durante el tiempo en que prestó servicios para Gamcyre SLL estuvo dado de alta en el RETA (desde el 1-5-2004), en el que causó baja con efectos desde el 31-1-2010, pasando entonces a estar de alta en el Régimen General, a tiempo completo, desde el 1-2-2010. El actor solicitó, en fecha 4-5-2010, jubilación parcial que le fue denegada por no acreditar los requisitos legales. El actor suscribió, en fecha 3-5-2010, con la empresa Gamcyre SL contrato de duración determinada a tiempo parcial por situación de jubilación parcial que tendría vigencia hasta el 17-10-2014, suscribiendo la comercial con otra persona contrato de relevo para sustituir al demandante. La sentencia de referencia confirma la de instancia que desestima la demanda del actor, que pretendía obtener el derecho a la jubilación parcial. La Sala de suplicación, destaca que el apartado 3 del art 21 de la Ley reguladora de las SAL otorga la condición de trabajadores por cuenta propia o autónomos “cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el 50%, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares”, y aunque se alega la inexistencia de retribución por el cargo de administrador único, tal “cuestión no resulta de interés al presente supuesto en que la equiparación que la norma efectúa de las S.A.L. con el resto de sociedades mercantiles, a los efectos de valorar cuando se posee el control de la sociedad, lo que implica es la equiparación de la situación de control por la tenencia de la familia conviviente del 50% de las acciones con la no concurrencia de los requisitos de dependencia y ajeneidad exigidas para poder calificar un vínculo de prestación de servicios como laboral. Si el actor poseía el control de la sociedad, al menos hasta la fecha en que se constituye en SL en el año 2010, constando que la convivencia con los hijos se mantuvo hasta esa fecha, al no haberse acreditado cosa distinta, la conclusión razonable es que no se cumple el requisito de antigüedad exigible por el art 166.2 de la LGS”.

Por su parte, el demandante, ahora recurrente -que discute el cálculo de la base reguladora- aporta de referencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País

Vasco, de 6 de Marzo de 2001 (recurso 2966/2000), que resuelve un supuesto, en el que se discute, y la Sala acepta, que se tome en consideración la cotización real del trabajador para la fijación de la base reguladora de su pensión de jubilación, pese a que en los tiempos previos a la finalización de la prestación éstas se había incrementado considerablemente. En concreto, lo debatido en el caso es si se ha producido un fraude en el incremento de las bases de cotización para elevar el importe de la pensión de jubilación.

SEGUNDO.- (...)

TERCERO.- 1.- Entrando en el examen del imprescindible -y ya expuesto requisito de contradicción entre sentencias- el Ministerio Fiscal, en su preceptivo dictamen, niega con respecto al recurso del INSS, la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la ofrecida para el contraste -y ya reseñada en el fundamento jurídico anterior- dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 16 de Marzo de 2012 (recurso. 2654/2011).

2. Esta Sala también comparte dicha apreciación, pues si bien es cierto que en dicha sentencia se resuelve un supuesto no por completo ajeno al de autos, no presenta la identidad necesaria. En efecto, la sentencia confirma la de instancia que desestima la demanda del actor, que pretendía obtener el derecho a la jubilación parcial, y aunque pudiera apreciarse cierta contradicción abstracta con el caso de autos, en el que se permite el acceso a jubilación -anticipada- partiendo de que la relación con la empresa es laboral por cuenta ajena, no cabe en realidad apreciarla, ya que a pesar de tratarse en ambos casos de sociedades laborales familiares con capital social superior al 50% entre parientes próximos, con cargo de administrador no retribuido -solidario en el caso de autos y único en el de referencia—, no hay contradicción porque la recurrida considera probado que además del cargo de administrador el actor mantiene durante el intervalo en liza un prestación laboral de servicios -como graduado social—, que es la que determina la existencia de un vínculo cuya extinción por causas objetivas da derecho al acceso a la jubilación anticipada pretendida —aunque por su condición de socio tuviera el actor que encuadrarse en el RETA. Por el contrario, nada de esto acontece en el caso de referencia en el que la prestación de servicios sólo acontece a partir del año 2010, momento en el suscribe con la empresa contrato de duración determinada a tiempo parcial por situación de jubilación parcial que tendría vigencia hasta el 17-10-2014, suscribiendo la comercial con otra persona contrato de relevo para sustituir al demandante, siendo lo que entiende la Sala que debiendo computar desde ese momento la prestación laboral de servicios no se cubre la antigüedad de seis años en la relación laboral que la norma exige para acceder a la jubilación parcial. Nótese, además, que en el caso de autos el propio INSS reconoce el derecho del actor a acceder a la prestación de jubilación

anticipada, siendo lo que discute el porcentaje de la misma y el importe de la base reguladora, reconocimiento que no se produce en el caso de referencia, porque lo debatido en su caso es únicamente el incumplimiento del requisito de antigüedad que la norma exige para acceder a la jubilación parcial. No concurren, en su consecuencia, tal como se anticipado, las identidades del artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

CUARTO.- 1. Igualmente niega el Ministerio Fiscal que concorra el repetido y exigible requisito de contradicción entre sentencias, con respecto al recurso de casación unificadora interpuesto por el demandante, discutiendo el cálculo de la base reguladora, aportando de referencia la ya señalada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 6 de Marzo de 2001 (recurso. 2966/2000).

2. Compartimos también esta apreciación, en cuanto en dicha sentencia referencia se resuelve un supuesto, manifiestamente ajeno al de autos, en el que se discute, y la Sala de suplicación acepta, que se tome en consideración la cotización real del trabajador para la fijación de la base reguladora de su pensión de jubilación, pese a que en los tiempos previos a la finalización de la prestación las bases de cotización se habían incrementado considerablemente. En concreto, lo debatido en el caso de referencia es si se ha producido un fraude en el incremento de las bases de cotización para elevar el importe de la pensión de jubilación, lo que en modo alguno es la cuestión litigiosa de autos, en el lo que se pretende por la parte es la aplicación al caso de la disposición transitoria quinta, número dos, de la Ley General de la Seguridad Social , que dice que “desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el artículo 208.1.1 y, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior”. Pretensión que se desestima porque el actor cumplió los 55 años en 2006 y desde esa fecha no resulta que haya sufrido una reducción al menos durante veinticuatro meses de sus bases de cotización.

QUINTO.- 1. Los razonamientos procedentes conllevan -de conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el INSS y por el trabajador demandante, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 225.5 LRJS).»

### III. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

\* Auto de 18 de febrero de 2016 (Social) (JUR 2016, 60890)

Ponente: Rosa María Virolés Piñol

**Resumen:** *Mutualidad de Previsión Social Profesional. Prestación por maternidad. Actor afiliado al Régimen General, casado con una abogada afiliada y en alta en la Mutualidad de la Abogacía. Habiendo optado la progenitora por no suscribir con la Mutualidad la prestación por maternidad que se contempla en el sistema de previsión específico para este colectivo profesional, el derecho reconocido a favor del padre demandante decae por cuanto la madre, pudiendo incorporar la cobertura de maternidad a su régimen de aseguramiento, la ha excluido voluntariamente, con lo que no reúne los requisitos legalmente exigidos para ser tributario del derecho prestacional que solicita.*

#### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...)

Consta en la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 29/04/2015 (rec. 122/2015), que el actor, trabajador por cuenta ajena, solicitó reconocimiento de prestación por maternidad como consecuencia del nacimiento de una hija el NUM000 -2013, que le fue denegado, siendo la madre de la niña abogada en ejercicio por cuenta propia desde 2003, estando afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía, e integrada en el Plan Universal, habiendo causado alta en el sistema de previsión profesional por incapacidad temporal profesional en 2011.

En instancia y en suplicación se desestima su pretensión de reconocimiento del derecho a disfrutar la prestación por maternidad que no ha disfrutado la madre o en su caso de abono de una indemnización de 7.735,70 euros. Entiende la Sala:

1) Que con carácter general, el art. 3.4RD 295/2006, de 6 de marzo, contempla dos supuestos respecto de las madres trabajadoras por cuenta propia incorporadas a la Mutualidad de Previsión Social establecida en el correspondiente Colegio Profesional: A) si la Mutualidad a la que pertenece protege la contingencia de maternidad, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio por maternidad del Sistema público; B) si la Mutualidad no protege la contingencia por maternidad, el padre podrá devengar la prestación pública como máximo durante el periodo que hubiera correspondido a la madre -siendo incluso compatible con la paternidad- si reúne los requisitos exigidos y disfruta del oportuno periodo de descanso.

2) Que en los Estatutos de la Mutualidad se incluye la maternidad dentro de las contingencias que pueden quedar protegidas.

3) Que teniendo en cuenta lo anterior, habría que interpretar el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo, atendiendo a que la cobertura de la protección por maternidad era posible en la Mutuality de la Abogacía y a la literalidad del art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo, que niega al padre el derecho a lucrar el subsidio del Sistema Público cuando la madre tenga derecho a las prestaciones por maternidad de la Mutuality “independientemente de su duración o cuantía”, y haber optado la madre por no suscribir tal protección, no es posible reconocer el derecho al padre.

En suma, concluye la sentencia, reiterando lo dicho en resoluciones precedentes, que al estar el actor afiliado al Régimen General, casado con una abogada afiliada y en alta en la Mutuality de la Abogacía y habiendo optado la progenitora por no suscribir con la Mutuality la prestación por maternidad que se contempla en el sistema de previsión específico para este colectivo profesional, la conclusión que se impone es que el derecho reconocido a favor del padre demandante decae por cuanto la madre, pudiendo incorporar la cobertura de maternidad a su régimen de aseguramiento, la ha excluido voluntariamente, con lo que no reúne los requisitos legalmente exigidos para ser tributario del derecho prestacional que solicita.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, aportando como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 5 de marzo de 2013 (Rec. 240/2013), en la que lo que consta es que la esposa del actor es abogada en ejercicio por cuenta propia, estando afiliada a la Mutuality General de la Abogacía e integrada en el Plan Universal de la misma, no teniendo derecho a la indemnización por parto/lactancia derivada de la Garantía de Maternidad y Lactancia de la cobertura por incapacidad temporal profesional, por no tener suscrita en su Plan profesional dicha cobertura, de ahí que no percibiera indemnización alguna, solicitando su marido, consecuencia del nacimiento de su hijo, reconocimiento de la prestación por maternidad que le fue denegada por el INSS.

Es decir, en este otro caso se trata de un padre que en su día no pudo suspender su contrato de trabajo al tiempo del nacimiento de su hijo, y pretende la prestación de maternidad, puesto que la madre, abogada en ejercicio, no disfrutó de ese derecho, al no tener tal cobertura el sistema de aseguramiento que, en atención a su profesión, suscribió dentro de su propio ámbito corporativo. Ello motivaba, a juicio del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que no pudiese disfrutar de ese derecho, lo que la Sala no considera, confirmando la sentencia del Juzgado, tras desestimar el recurso de tal entidad gestora. En primer lugar, se considera que el hecho de alegar ya en juicio esa falta de suspensión del contrato de trabajo del progenitor no impide que se haya de examinar tal cuestión, pues es hecho constitutivo de la pretensión y el actor debía venir prevenido frente a tal alegación. Por otra parte, considera la Sala

que esa falta de suspensión viene propiciada por la propia actuación obstativa de la entidad gestora, que no asumió tal derecho en vía administrativa, existiendo motivos que permiten, en una interpretación flexible de la norma, acceder a tal prestación y suspensión en la actualidad, cuando el menor tiene un año, permaneciendo en parte las necesidades que justifican la prestación, se fomenta mejor así la participación de tal progenitor en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales y es solución que se acomoda mejor a los principios rectores constitucionales que la simple negativa a la prestación.

Así, la Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia que reconoció el derecho del actor a percibir la prestación por maternidad, por entender la Sala que puesto que lo que se postulaba en la demanda era el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad “con eficacia y efectos” desde el pronunciamiento judicial, el actor puede gozar del periodo de descanso -que como consecuencia de la actitud de la entidad gestora no pudo tomar en las fecha legalmente previstas- en un momento posterior y a partir de la firmeza de la sentencia, ya que del art. 48.4 ET no se deduce que exista ninguna prohibición que impida que de existir causas justificadas se pueda producir la suspensión en un periodo más alejado del nacimiento, y además el reconocimiento del derecho a la suspensión desde la sentencia cumple la finalidad de la medida consistente en favorecer el cuidado del niño y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Llega a dicha conclusión la Sala tras considerar que una razón interpretativa consistente en que al no haberse hecho efectivo el disfrute del periodo de descanso del art. 48.4 ET, no procede reconocer la prestación de los arts. 133 ter1 LGSS y 3.1 RD 295/2006, de 6 de marzo, no es satisfactoria, porque no salvaguarda el derecho del actor a disfrutar de un tiempo de descanso durante el periodo que sigue al nacimiento de su hijo y al mismo tiempo percibir durante el mismo un subsidio.

Pese a la innegable proximidad de las sentencias, pues en ambos casos se trata de abogadas que no tiene cubierta esta contingencia, reclamando sus esposos el derecho a lucrar la prestación de maternidad de la Seguridad Social, no media la contradicción alegada por los términos en los que se resuelven los respectivos recursos de suplicación. Así, en la sentencia recurrida el enfoque se limita a comprobar si el actor, afiliado al Régimen General, casado con una abogada afiliada y en alta en la Mutualidad de la Abogacía y habiendo optado la progenitora por no suscribir con la Mutualidad la prestación por maternidad que se contempla en el sistema de previsión específico para este colectivo profesional, tiene derecho a la prestación por tal circunstancia, entendiendo la Sala que no pues el derecho reconocido a favor del padre demandante decae por cuanto la madre, pudiendo incorporar la cobertura de maternidad a su régimen de aseguramiento, la ha excluido voluntariamente, con lo que no reúne los

requisitos legalmente exigidos para ser tributario del derecho prestacional que solicita. Por el contrario, en la sentencia de contraste, el enfoque de la controversia varía por los términos en los que se formula el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que reconoce el derecho pese a que la madre no percibió indemnización alguna por cuanto no tenía suscrito en su Plan Profesional del Plan Universal de la Abogacía la cobertura por incapacidad temporal profesional que prevé una indemnización por parto/lactancia. En este otro caso, lo que se discute es si el actor tiene derecho a la prestación por maternidad “con eficacia y efectos” desde el pronunciamiento judicial teniendo en cuenta que por habersele denegado por la entidad gestora no suspendió su contrato, de ahí que la razón de decidir de la Sala sea completamente diferente a la de la sentencia recurrida, al resolver sobre si es posible disfrutar de un periodo de descanso por maternidad en un momento muy posterior al del nacimiento del hijo, fallando la Sala en atención a si el reconocimiento de dicha pretensión cumple con la finalidad de una medida como la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y la percepción durante dicho tiempo de una prestación. En atención a lo expuesto, en ningún caso los fallos podrían considerarse contradictorios aunque en la sentencia recurrida se deniegue la prestación y en la de contraste se reconozca el derecho a la misma, porque lo debatido en el caso de referencia no coincide con lo planteado en el de autos.

Frente a estos razonamientos no ha formulado la parte alegación alguna.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 219 y 225 LRJS y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso, sin imposición de costas (...)»

\* STS de 2 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 642)

Ponente: Jesus Cudero Blas

*Resumen: Mutualidades de Previsión Social de profesionales con colegiación obligatoria. Abogado que libre y voluntariamente opta por darse alta en el RETA, vigente ya la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía. Solicitud de baja en el RETA por pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional. Una vez producida el alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia (en el caso en su actividad profesional como abogado), sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...) [Los] hechos son, resumidamente, los siguientes:

1. El Sr. Domingo permaneció en la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 1974 y el 5 de octubre de 2006.

2. Con fecha 1 de octubre de 1975 se dio de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, situación en la que ha permanecido ininterrumpidamente hasta la actualidad.

3. Con fecha 9 de febrero de 2007 el interesado solicitó y obtuvo su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), señalando como fecha de inicio de su actividad de abogado el 1 de febrero de 2007.

4. Durante todo el período mencionado compatibilizó su inclusión en el régimen correspondiente de la Seguridad Social (tanto en el general, como en el especial) con su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía.

5. Con fecha 6 de junio de 2013, el Sr. Domingo solicitó de la Tesorería General su baja en el RETA como abogado, fijando como fecha de cese de su actividad la del 31 de mayo de 2013 y como causa de la misma su pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional.

6. Mediante resolución de 13 de junio de 2013, y con efectos de 1 de junio de 2013, se le reconoce una pensión de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social.

7. Como consecuencia de tal reconocimiento de la pensión, se procedió a su baja de oficio en el RETA con efectos de 31 de mayo de 2013, acuerdo que le fue notificado al interesado con fecha 20 de junio de 2013.

8. Iniciado expediente de revisión de oficio de esta última resolución, se dicta finalmente acuerdo de 29 de julio de 2013, posteriormente confirmado en alzada, por el que se deja sin efecto el reconocimiento de su baja en el RETA por entender de aplicación lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, señalándose que “el Sr. Domingo optó por la afiliación y alta en el RETA con efecto de 1 de febrero de 2007, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía como previsión profesional voluntaria y complementaria” y añadiendo que “una vez producida su alta en el RETA, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social”, siendo así que el interesado “no acredita el cese en el desarrollo de su actividad profesional; al contrario, tanto en su solicitud de baja, como en el escrito de alegaciones, como en la solicitud de jubilación manifiesta su intención de pasar a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional”.

9. Esta resolución, que implica que no puede producirse la baja en el RETA mientras se continúe desempeñando la actividad profesional de abogado, es revocada por la sentencia recurrida en casación, por entender que no resulta aplicable al caso la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, por cuanto el alta en el RETA producida en el año 2007 no supuso para el recurrente el ejercicio de opción alguna, tal y como aquel precepto exige expresamente.

SEGUNDO. En el único motivo de casación del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, y con amparo en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se defiende por la indicada Administración que la sentencia recurrida ha vulnerado la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, según la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en relación con los artículos 31 y 35.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social.

La mencionada disposición, en la redacción derivada del artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, establece literalmente en su apartado primero lo siguiente:

“Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.

Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas

con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social , aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre . Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad”.

Como se dijo más arriba, los jueces a quo no consideran aplicable la citada disposición adicional por entender que don Domingo no solicitó y obtuvo su alta en el RETA -en febrero de 2007- con motivo del ejercicio de la opción que aquel precepto prevé. Y ello por cuanto, a criterio de la Sala de instancia, “tras la entrada en vigor de la nueva redacción de la Ley del Seguro, la Administración asumió la doble cotización al Régimen General y a la Mutualidad durante más de seis años, lo que venía ya haciendo en los diecinueve años anteriores, por lo que el alta en el RETA en el año 2007, es decir, nueve años después de la entrada en vigor de la reforma, no supuso para el recurrente el ejercicio de opción alguna, sino que se mantuvo de alta en el RETA y en la Mutualidad“. Y por esa razón, no encuentra la sentencia recurrida en casación inconveniente legal alguno para que la baja solicitada en el RETA “sea operativa en el momento en el que se dicta la resolución impugnada”.

Frente a dicha interpretación, sostiene la Tesorería General de la Seguridad Social que no pudo darse de alta al recurrente en el RETA (con efectos de 1 de febrero de 2007) al margen o con desconocimiento de lo establecido en la repetida disposición adicional, pues era este precepto el que legitimaba al actor para solicitar, y a la propia Tesorería para conceder, la incorporación a aquel régimen especial como consecuencia del ejercicio de la actividad de abogado por el interesado. Y si ello es así, siempre a juicio de la Administración recurrente, la baja del Sr. Domingo solo podía tener lugar, una vez que él mismo solicitó su incorporación a ese régimen, con ocasión del cese en la actividad profesional (de abogado), que siguió, sin embargo, ejerciendo tras el reconocimiento de la pensión de jubilación por el régimen general.

TERCERO. La solución a la cuestión controvertida exige partir de un presupuesto esencial: la normativa vigente desde el año 1995 tiene la clara finalidad de permitir que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, y sin la necesaria intervención de los órganos directivos de sus Colegios, en el Régimen de Trabajadores Autónomos, imponiéndoles, con carácter general, la obligación de hacerlo en ese mismo régimen especial con una sola excepción: que lo hicieran a una Mutualidad sustitutoria (en el caso, la de la Abogacía).

A tal efecto, se les otorga una opción consistente en la posibilidad de permanecer en la Mutualidad o darse de alta en el Régimen Especial, opción que ha de considerarse en todo caso vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorpo-

rados en uno u otro régimen, sin que la normativa que resulta de aplicación prohíba en absoluto la permanencia en ambos regímenes, que pueden resultar, por tanto, compatibles entre sí. Dicho de otro modo, en la medida en que estas mutualidades pueden constituir, como el propio artículo 64 de la Ley 30/1995 establece, una “modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria”, es claro que la pertenencia a las mismas puede complementar la afiliación o sustituirla.

Desde esta perspectiva adquiere toda lógica lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995: los interesados no están obligados a incorporarse el RETA si optan por el régimen sustitutivo de una Mutualidad; pero si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, “no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad”.

En el caso analizado en la instancia, el actor formuló su solicitud de alta en el RETA, aunque continuando de alta en la Mutualidad General de la Abogacía, circunstancia conocida por la Administración. Lo hizo en el mes de febrero de 2007, cuando ya estaba vigente la discutida disposición adicional decimoquinta. Por más que en su solicitud de alta no manifestara expresamente que “optaba” por un régimen en detrimento del otro, es lo cierto que una vez producida a su instancia su alta en el RETA bajo la vigencia de aquella norma, solo puede producirse la baja en el mismo por el cese en la actividad determinante de su inclusión en él y solicitándola, además, a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Así se desprende del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. En efecto: a) A tenor de su artículo 30 “la comunicación de iniciación de la prestación de servicios o de la actividad o la del cese en las mismas efectuadas en los modelos oficiales de alta o de baja, o por los sistemas especialmente establecidos al efecto, implicará la solicitud en regla del alta o de la baja en la Seguridad Social”; b) Según su artículo 31 “los sujetos obligados a solicitar las altas y bajas (...) deberán acreditar, según proceda, la prestación de servicios, el ejercicio profesional de la actividad y la concurrencia de los demás requisitos y circunstancias determinantes de la inclusión en el Régimen de que se trate, que han dejado de reunir los requisitos o, en su caso, que se han producido las variaciones que a los mismos afecten”; c) Y de conformidad con su artículo 35 “la baja del trabajador producirá efectos desde el cese (...) en la actividad por cuenta propia”, siendo así que “la mera solicitud de la baja y el reconocimiento de la misma no extinguirá la obligación de cotizar ni producirá los demás efectos de aquélla si continuase la prestación del trabajo o el desarrollo de la actividad o situación correspondiente”.

En definitiva, es cierto que el actor no venía obligado en su día a darse de alta en

el RETA al mantenerse incorporado a la Mutuality General de la Abogacía desde el mes de octubre de 1975. Pero en febrero de 2007, vigente ya la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, decidió libre y voluntariamente (optó, en sentido propio) causar alta en el RETA, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutuality. De esta manera, una vez producida dicha alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia, sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente.

La sentencia recurrida, al admitir la eficacia de la solicitud de baja en el régimen especial, ha infringido lo dispuesto en los preceptos legales y reglamentarios citados, tal y como aduce la Tesorería General de la Seguridad Social en su único motivo de casación.

(...)

## IV. ASOCIACIONES

\* ATs de 20 de enero de 2016 (Civil) (*JUR* 2016, 21419)

Ponente: Ángel Fernández Pantaleón Prieto

**Resumen:** *Asociación. Derecho de las esposas de los socios a incorporarse a la asociación como socias de número.*

### Fundamentos de Derecho

«1.- [El recurso de casación presentado por la Asociación contra la sentencia dictada con fecha de 9 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante del juicio ordinario del Juzgado de Primera instancia e instrucción nº 2 de Tafalla], tienen por objeto una sentencia dictada en un juicio ordinario cuyo objeto ha sido la impugnación de acuerdo de una asociación (...)

2.- (...).

El recurso de casación se funda en cuatro motivos: el primero, por infracción de los arts. 24.1 y 9.3 CE, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por considerar que la sentencia impugnada habría padecido el error de declarar la nulidad total del acuerdo, en lugar de su nulidad parcial, lo que constituiría un supuesto de arbitrariedad, proscrito constitucionalmente por el art. 9.3 CE; el segundo, por infracción de los arts.

14 y 22 CE por considerar que el acuerdo impugnado en relación a la esposas de los socios, no supone ningún tipo de arbitrariedad o discriminación o contraríen los estatutos, y reconocerse el derecho de las esposas de los socios a incorporarse a la asociación como socias de número; el tercero, por infracción de los arts. 2.5 LO 1/2002 , 14 y 22 CE , y de los arts. 2 , 2.1 , 2.5 , 2.9 y 19 LO 1/2002 , en relación con la jurisprudencia que lo interpreta, por haberse vulnerado el derecho a la igualdad y del derecho de asociación, por discriminar las mujeres, esposas de los socios, al no reconocerles la condición de socias a dichas esposas de los socios; y el cuarto, por infracción del art. 394 y 398 LEC , en relación con los arts. 14 y 22 CE , en relación con la jurisprudencia que los interpreta.

(...)

4.- El recurso de casación interpuesto ha de ser inadmitido, por incurrir en varias causas de inadmisión:

(...)

C) En todo caso, a mayor abundamiento, los motivos de recurso incurren en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por cuanto la alegación de oposición a las sentencias invocadas carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la razón decisoria o «ratio decidendi» de la sentencia recurrida.

Así, sostiene el recurrente que el acuerdo impugnado de la Asociación “la Kukaratxa” de fecha de 18 de marzo de 2011, en virtud del cual se integraban como socios de la misma a las mujeres de los socios, vulneraría los preceptos que prevén la entrada de nuevos socios, mujeres incluidas sin ninguna discriminación, por lo que la sentencia impugnada “incurrir en error de derecho en la apreciación de la prueba” y eludiría el derecho de las esposas de los socios.

Soslaya, así, que la resolución impugnada, tras examinar la prueba practicada, que el acuerdo impugnado exige a los dos únicos socios que no están casados el abonar una cuota que es el doble de la que se exige al resto de los asociados, lo que les resulta discriminatorio al exigirles por el hecho de no estar casados que abonen una cuota que dobla a la que se atribuye al casado, y que no desaparece porque se les conceda doble voto, porque no puede ser considerada como una compensación, forzosamente impuesta, al persistir la obligación de abono de doble cuota respecto a los demás.

En consecuencia, la sentencia impugnada no se opone, en forma alguna, a las sentencias citadas como infringidas debiendo recordarse, nuevamente, que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso, en contradicción con la doctrina de esta Sala. Circunstancias que no acontecen, en forma alguna, en el supuesto de autos, al eludir, en definitiva, su razón decisoria o «ratio decidendi» (...).

\* STS de 15 de febrero de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 685)

Ponente: Eduardo Espín Templado

**Resumen:** *Revocación de declaración de utilidad pública. No afecta a la existencia de fines de interés general la externalización de dichas funciones públicas, mediando o no convenio: revocación improcedente.*

### Fundamentos de Derecho

«TERCERO .- Sobre la naturaleza de las actividades de la Asociación recurrente. (...) es preciso rectificar ya el criterio de instancia, pues la inserción de una Asociación sin ánimo de lucro y que cumple fines de interés general en la red asistencial pública y el hecho de que, por tanto, una tal asociación este desarrollando de forma externalizada funciones públicas de interés general, mediando o no convenio, en absoluto le priva a la actuación de la asociación del carácter de interés general. Las actividades desarrolladas por la misma serán o no de interés general y cumplirán o no los requisitos contemplados por el artículo 32 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación en función de su propia naturaleza, y desde luego no pierden en modo alguno ese carácter por el hecho de que estén realizando de forma externalizada funciones previstas en planes asistenciales de una Administración Pública. Antes al contrario, frente lo que afirma la Sala de instancia, tal circunstancia supone sin duda un importante criterio para entender que sus actividades sí cumplen fines de interés general, pues de tal carácter son los servicios sociales desarrollados por las Administraciones públicas. Esto es, en contra de lo que se desprende de la cita de su Sentencia de 16 de octubre de 2013 , al menos en el contexto en que se inserta en la Sentencia ahora recurrida, el cumplimiento de servicios sociales externalizados no demuestra que “su actuación en el tráfico privado [venga] generada por el interés particular de los réditos económicos que dimana del servicio asistencial”, sino que, como ya se ha indicado, es más bien un indicio de lo contrario.

En definitiva, una asociación cumplirá los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos por el apartado 1.a) del citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública y desarrolle servicios sociales de la misma de manera externalizada.

Es cierto que si una asociación interviene en el tráfico jurídico “por el interés particular de los réditos económicos que dimanar de la prestación del servicio asistencial”, incumplirá los referidos requisitos, pues su actuación ya no estará encaminada a

promover el interés general sino el particular económico de los miembros o gestores de la asociación, lo que se traducirá en beneficios de tal carácter a sus miembros u órganos de gestión. Pero eso no se deduce ni del cumplimiento de servicios externalizados mediante convenios con la Administración pública ni de la percepción de subvenciones, en la proporción que sea, pues ambas circunstancias vienen expresamente contempladas, como alega la recurrente, en la propia Ley: el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 1/2002 prevé la percepción de subvenciones y el apartado 5 del mismo precepto estipula de manera específica que “las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, podrán establecer con las asociaciones que persigan objetivos de interés general, convenios de colaboración en programas de interés social”.

Tampoco acredita que la Asociación recurrente no cumpla con sus fines estatutarios los datos que menciona la Sentencia recurrida, como que los ingresos por prestación de servicios supongan más del 94% de los ingresos, que el 80% de los mismos procedan del convenio (esto es, por servicios externalizados), el que cuente con voluntariado o no, o, en fin, que el 64,5% de sus presupuestos sirva para cubrir gastos de personal. Si la asociación presta servicios de reinserción de toxicómanos, para un colectivo abierto e indeterminado de posibles beneficiados, sin ánimo de lucro y, por tanto, sin repartir beneficios de ningún género, sino reinvertiendo cualquier posible rédito económico en la propia actividad de interés general, estará dentro de los márgenes que contempla la Ley, aunque perciba retribuciones adecuadas (esto es, proporcionadas a su carácter asistencial) por los servicios prestados y remunere asimismo de manera adecuada (igualmente en cuantía proporcionada a su naturaleza de asociación de interés público) al personal que trabaja en la prestación de tales servicios, tal como se deduce de la reiterada jurisprudencia de esta Sala. Nada que contradiga lo anterior se afirma respecto de la Asociación recurrente.

Finalmente, en lo que respecta a la libre competencia, se trata de una problemática distinta que no resulta aplicable en el presente litigio, en el que está en juego únicamente si una asociación calificada por la Administración como de utilidad pública por ajustarse a los requisitos establecidos por la Ley, ha dejado de cumplirlos en el desarrollo de su actividad, lo que no resulta en modo alguno de las razones ofrecidas por la Administración ni de los criterios interpretativos acogidos por la Sala de instancia. (...).»

\* STS de 3 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 819)

Ponente: Diego Córdoba Castroverde

**Resumen:** *Anulación procedente de revocación de la declaración de utilidad pública. Una asociación cumplirá los requisitos del artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones*

*para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos en el citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública o cobre sus servicios a los usuarios. La Administración está obligada a motivar las razones que justifican la revocación de la declaración.*

### **Fundamentos de Derecho**

«PRIMERO. El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 2013 (rec. 1029/2010) por la que se estimó el recurso interpuesto por la Asociación de Padres de Minusválidos Psíquicos contra la Orden del Ministerio del Interior de 6 de octubre de 2010 por la que se revoca la declaración de utilidad pública de dicha Asociación, anulando la citada Orden.

(...)

### **SEGUNDO**

El adecuado análisis de este recurso exige invertir el orden de los motivos tal y como han sido planteados, comenzando por el tercero en el que se denuncia la infracción del artículo 32.1 y LO 1/2002 de 2 de marzo reguladora del derecho de asociación en relación con el artículo 7 del Real Decreto 1740/2003 de 19 de diciembre que regula el procedimiento de revocación de la declaración de utilidad pública.

El representante del Estado cuestiona que la sentencia concluyese que, aun en el caso de que pudiera llegar a considerarse que la parte actora realiza una actividad empresarial, ello no puede motivar la pérdida de su condición de asociación de utilidad pública. Considera el representante del Estado que tal interpretación vulnera el concepto de “promoción del interés general” y, por tanto, el artículo 32.1.a) de la LOAS, por cuanto cuando el objeto principal y casi exclusivo de la entidad es la prestación de servicios por contraprestación, interviniendo en el tráfico privado, por lo que entiende que no se puede considerar que realiza una actividad de promoción del interés general. Carece de relevancia, a su juicio, que no se repartan beneficios o que no aparezca fin lucrativo de sus promotores, pues lo relevante es si realiza una actividad mercantil o empresarial, pues en tal caso la declaración de utilidad pública con los beneficios y ayudas que ello conlleva supondría situar a dicha entidad en el mercado en una posición más ventajosa que aquellas entidades que desarrollan la misma actividad. Y respecto a la reinversión de beneficios en la actividad de la entidad al margen de que no se acredita el porcentaje de los que reinvierte, en todo caso resulta insuficiente por sí mismo, pues solo si tal actividad satisface fines de interés general la reinversión en la misma satisfará fines de interés general, y en caso contrario la reinversión no cambia su naturaleza.

En definitiva, considera que la Asociación desarrolla una actividad empresarial consistente en la prestación de servicios mediante contraprestación económica en beneficio de quienes son clientes de tales servicios, y ello es suficiente para entender que no concurre en dicha entidad el fin de promover el interés general.

El recurso del Abogado del Estado es similar a otros que él mismo ha interpuesto -y esta Sala rechazado- frente a sendas sentencias de la Sala de instancia que habían anulado otros tantos acuerdos revocatorios de la declaración de interés general de determinadas entidades. En nuestras sentencias de 30 de enero de 2015 (recurso 2745/2012), 1 de abril de 2015 (recurso 3231/2012), 14 de mayo de 2015 (recurso 3673/2012), 30 de junio de 2015 (4151/2012), 13 de julio de 2015 (recurso 3175/2015) y 26 de julio de 2015 SIC (rec. 1236/2013) entre otras, hemos desestimado aquellos recursos cuyos motivos coincidían, en gran medida, con los que se exponen en el presente.

Así, en la STS de 26 de julio de 2015 (rec. 1236/2013) y en las que en ella se citan, hemos señalado que “...lo decisivo para la calificación de una asociación como de interés general, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala mencionada por la Sentencia recurrida, es que concurren los requisitos establecidos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de Asociaciones, no si obtiene o no beneficios por algunas de sus actividades (Sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2011 -RC 4.031/2008-, de 15 de diciembre de 2.011 - RC 4.216/2009 - y de 30 de enero de 2015 - RC 2.745/2012 -).

En definitiva, lo que prima es que su objetivo sea el cumplimiento de las finalidades contempladas en el apartado 1.a) del artículo 32 de la referida Ley y no una finalidad comercial o de lucro. No entraría dentro de las entidades comprendidas en el citado artículo una sociedad mercantil con ánimo de lucro por esta misma circunstancia, aunque su actividad fuese beneficiosa para el interés general (un hospital, por emplear el ejemplo propuesto por el Abogado del Estado) o aunque no repartiera beneficios entre sus propietarios; siendo una sociedad con ánimo de lucro, la reinversión de los beneficios en la propia sociedad incrementaría el valor de la misma y, por tanto, el patrimonio de sus titulares. O, dicho de otro modo, las asociaciones de interés general no pueden tener una finalidad de lucro, pero ello no obsta a que puedan desarrollar actividades remuneradas en beneficio de su finalidad de interés general.”.

En definitiva, una asociación cumplirá los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos por el apartado 1.a) del citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos

el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública o cobre sus servicios a los usuarios.

No se acredita que la Asociación recurrente no cumpla con sus fines estatutarios que menciona la Sentencia recurrida, pues si la asociación presta servicios dirigidos a personas disminuidas psíquicas, con un alto grado de afectación, que necesitan atención y soporte para todas las actividades de la vida y que por razones familiares, sociales o de localización geográfica no pueden vivir en sus domicilios familiares, como fin de indudable interés social para un colectivo abierto e indeterminado de posibles beneficiados, sin ánimo de lucro y sin repartir beneficios, reinvertiendo cualquier posible rédito económico en la propia actividad de interés general, tal y como afirma la sentencia de instancia, estará dentro de los márgenes que contempla la Ley, aunque perciba retribuciones adecuadas (esto es, proporcionadas a su carácter asistencial) por los servicios prestados.

La resolución administrativa considera que los servicios prestados suponen una externalización de los servicios de interés general, mediante el pago de las cantidades pactadas por lo que si bien los servicios mantiene el interés general no puede considerarse que la gestión se oriente en el mismo sentido. Tampoco este argumento sirve para revocar la declaración de utilidad pública de dicha Asociación pues tal y como afirmamos en la sentencia de 15 de febrero de 2016 (rec. 3927 / 2013) “la inserción de una Asociación sin ánimo de lucro y que cumple fines de interés general en la red asistencial pública y el hecho de que, por tanto, una tal asociación este desarrollando de forma externalizada funciones públicas de interés general, mediando o no convenio, en absoluto le priva a la actuación de la asociación del carácter de interés general. Las actividades desarrolladas por la misma serán o no de interés general y cumplirán o no los requisitos contemplados por el artículo 32 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación en función de su propia naturaleza, y desde luego no pierden en modo alguno ese carácter por el hecho de que estén realizando de forma externalizada funciones previstas en planes asistenciales de una Administración Pública. Antes al contrario, frente lo que afirma la Sala de instancia, tal circunstancia supone sin duda un importante criterio para entender que sus actividades sí cumplen fines de interés general, pues de tal carácter son los servicios sociales desarrollados por las Administraciones públicas. Esto es, en contra de lo que se desprende de la cita de su Sentencia de 16 de octubre de 2013, al menos en el contexto en que se inserta en la Sentencia ahora recurrida, el cumplimiento de servicios sociales externalizados no demuestra que “su actuación en el tráfico privado [venga] generada por el interés particular de los réditos económicos que dimana del servicio asistencial”, sino que, como ya se ha indicado, es más bien un indicio de lo contrario.

En definitiva, una asociación cumplirá los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos por el apartado 1.a) del citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública y desarrolle servicios sociales de la misma de manera externalizada”.

Y por lo que respecta a su alegación consistente en que si realiza una actividad mercantil o empresarial la declaración de utilidad pública, con los beneficios y ayudas que ello conlleva, supondría situar a dicha entidad en el mercado en una posición más ventajosa que aquellas entidades que desarrollan la misma actividad, ya afirmamos en la 15 de febrero de 2016 (rec. 3927 / 2013), que “en lo que respecta a la libre competencia, se trata de una problemática distinta que no resulta aplicable en el presente litigio, en el que está en juego únicamente si una asociación calificada por la Administración como de utilidad pública por ajustarse a los requisitos establecidos por la Ley, ha dejado de cumplirlos en el desarrollo de su actividad, lo que no resulta en modo alguno de las razones ofrecidas por la Administración [...]”.

Se desestima este motivo.

TERCERO. El segundo motivo denuncia la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y del art. 217 de la LEC en relación con el artículo 35 de la LO 1/2001 SIC y la jurisprudencia, por entender que la sentencia de instancia invierte la carga de la prueba haciendo recaer sobre la Administración dicha carga y realiza una valoración ilógica e irrazonable de la prueba que conduce a resultados inverosímiles, infringiendo las reglas de la sana crítica y las normas que rigen la carga de la prueba.

Así, por lo que respecta a la carga de la prueba, considera que la sentencia crea una regla de carga probatoria inexistente y contraria al texto legal cuando afirma que en los procedimientos de revocación de la declaración de utilidad pública de una asociación la carga probatoria recae sobre la Administración, pues le obliga a demostrar hechos negativos, pues no se puede invocar una situación consolidada para la entidad que subsanaría cualesquiera defectos de la concesión o mantenimiento de la declaración de utilidad pública en su día concedida. Entiende, por tanto, que es la entidad quien debe probar que reúne los requisitos para el mantenimiento de la declaración.

Esta Sala ha rechazado de forma reiterada esta alegación. Y así en las sentencias de 1 de abril de 2015 (recurso 3231/2012), y reiterado en la 26 de julio de 2015 SIC (rec. 1236/2013) en las que dando respuesta a un motivo formulado en similares

términos dijimos: “[...]sostiene el Abogado del Estado que la Administración no tendría necesidad de justificar las razones que explican la revocación de una previa calificación de una entidad como de interés general. Sin embargo, justo lo contrario es lo conforme a derecho, ya que dicha justificación resulta obligada ya sólo a partir de la obligación de motivación de los actos administrativos exigida por el artículo 54 de la Ley de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En efecto, si en un determinado momento la Administración entiende que debe revocar la susodicha calificación, está obligada a motivar las razones que justifican dicha actuación, tanto más, como subraya la Sentencia de instancia, cuanto que se trata de una revocación de una previa decisión administrativa que, hasta ese momento, contaba precisamente con una presunción de legalidad. Así pues y justamente en contra de lo que sostiene el representante de la Administración, tanto si la Administración considera que anteriormente cometió un error, o que la actividad de la entidad ha cambiado o que su conducta ha evidenciado que su actividad era de carácter lucrativo, la Administración debe decir cuál es la razón o razones que justifican la revocación y, como es evidente, aportar al expediente de revocación los datos fácticos que avalan dicha causa de revocación. No es por tanto que la Sala de instancia haya añadido un requisito más, sino que lo sorprendente es que el Abogado del Estado afirme como algo insólito, que “el Tribunal de instancia pretende que además se explique cuál es la razón en virtud de la cual se ha cambiado de criterio”. Con toda lógica, esa es precisamente la pretensión de la Sala de instancia, así como la de esta Sala de casación.

Pues bien, sentado lo anterior, la valoración de la Sala respecto a la falta de acreditación de razones que justifiquen el cambio de criterio de la Administración adquiere todo su peso”.

Y por lo que respecta a la valoración arbitraria de la prueba argumenta el recurrente que de la prueba practicada (memoria de la asociación y de sus cuentas y de las cantidades acreditadas por prestación de servicios) se desprende que más del 97% de sus ingresos proceden de la contratación con la Administración y de las aportaciones de los usuarios, sin que haya voluntariado, por lo que el tribunal de instancia debería haber llegado a la conclusión de que se trata de una Asociación en la que los beneficiarios de su actividad deben pagar por estos servicios (sea directamente, sea a través de la Administración que los financia) y que la empresa que desarrolla la actividad se ve retribuida en modo notoriamente similar al del mercado, por lo que no promociona fines de interés general y no hay razón para que se mantenga la declaración de utilidad pública. Y porque la sentencia toma en consideración un informe de la Administración autonómica que afirma el interés general de la Asociación y niega que provoque distorsión en el mercado, informe que no debió tomar en consi-

deración porque incorpora una conclusión jurídica que no es más que una mera opinión y no explica los datos que toma en consideración para afirmar que no se falsea ni se restringe la competencia.

Tampoco es posible acoger que la sentencia incurriese en una arbitraria valoración de la prueba pues, tal y como hemos señalado anteriormente, cuando el Tribunal de instancia entiende acreditado que dicha sociedad cumple las finalidades contempladas en el art. 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, con independencia de que desarrolle una actividad remunerada y sus ingresos procedan de la contratación con la Administración y de las aportaciones de los usuarios, realizó una interpretación de dicha prueba conforme a la jurisprudencia de este Tribunal (STS 15 de febrero de 2016, rec. 3927 / 2013).

La existencia de esos ingresos en cuanto medio para la consecución de sus fines propios no obsta de suyo al mantenimiento de la declaración de interés público, en las condiciones que muy acertadamente refleja la sentencia impugnada.

A la vista de los hechos y de las razones expuestas la Sala de la Audiencia Nacional no vulneró ningún precepto, legal o reglamentario, de los invocados en este motivo. Por el contrario, los aplicó con acierto para concluir que no resultaba conforme a derecho la revocación de la calificación de interés público, al no ser una razón válida para ello -de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala- la percepción de ingresos vinculados al desarrollo de actividades económicas, en las condiciones descritas en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia.

La valoración de la documentación obrante ante la Sala de instancia ha sido suficiente, razonable y lógica. Las afirmaciones de la Abogada del Estado únicamente expresan una discrepancia respecto a dicha valoración que no por legítima tiene la menor relevancia y es impropia de un recurso de casación, configurado legalmente, como es bien sabido, a la exclusiva revisión de la aplicación e interpretación del derecho. Todo ello al margen de que muchas de las consideraciones expresadas en el motivo manifiestan más bien la discrepancia de la parte respecto a la interpretación de la normativa aplicable, lo que no cabe en un motivo basado en la supuesta arbitrariedad en la valoración de la prueba.

En efecto, el motivo no atañe tanto al debate sobre los hechos sino a su calificación jurídica. El Abogado del Estado trata con su argumentación de subrayar que la entidad realiza servicios empresariales y que cobra por ellos, extremos que en ningún modo rechaza la Sala de instancia.

Siendo también lícito que el tribunal tomase como otro elemento más a ponderar el documento emitido por el Institut Català d'Assistència i Serveis Socials de la Generalitat de Catalunya ("ICASS") que en su informe, de fecha 1 de junio de 2010, concluye que: "1. La Asociación de Padres de Minusválidos Psíquicos (ASPAMIS)

desarrolla para el ICASS una actividad principal asistencial, de interés general, que configura el Sistema público de servicios sociales de Cataluña, de acuerdo con la normativa específica aplicable a la prestación de estos servicios.

Esta actividad es fundamental para la atención de las necesidades especiales de las personas con discapacidad psíquica y contribuye así al Estado del bienestar para que la igualdad de las personas en la sociedad sean reales y efectivas

2. Esta actividad no restringe o falsea la competencia ni tiene una posición de dominio en el mercado”.

Lo afirmado por este centro oficial refuerza la idea del mantenimiento de las prestaciones asistenciales que sigue desarrollando dicha asociación y su interés público, por lo que no es arbitrario ni ilógico tomarlo en consideración, como un elemento más a ponderar, a los fines pretendidos.

Se desestima este motivo.

(...)

\* STS de 15 de marzo de 2016 (Civil) (RJ 2016, 952)

Ponente: Pedro José Vela Torres

**Resumen:** *Asociaciones. Dies a quo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de acuerdo. Acuerdo de creación de sociedad mercantil nulo al adoptarse por órgano incompetente -la junta directiva-: falta de conocimiento del mismo por los socios ya que ni podían estar presentes en la junta directiva, ni siquiera pudieron conocer la convocatoria y celebración de ésta: insuficiencia de la notificación mediante publicación del anuncio en el tablón de anuncios de la entidad, al ser un acuerdo adoptado por órgano incompetente, por lo que no podía haber una expectativa legítima de que los socios acudieran a informarse al tablón de anuncios. La resolución recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, puesto que, junto a la regla general de cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado, también es doctrina jurisprudencial que, en determinados casos y para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el dies a quo puede ser el de la notificación a los socios del acuerdo disputado. Solución predicable con mayor fundamento cuando se trata de un plazo de caducidad tan breve como el aplicable en este caso.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- D. Nicanor, D. Bruno y D. Carlos Daniel son socios de la Federación Profesional del Taxi de Madrid. El 10 de junio de 2010, la junta directiva de dicha Federación adoptó un acuerdo relativo a la creación de una sociedad limitada deno-

minada “Teletaxi Madrid Servicios, S.L.”, de la que sería único socio la propia Federación, que también sería designada administradora social. El objeto social de la nueva sociedad limitada era la gestión de viajes y contrataciones con algunas empresas, cuya facturación competería también a la sociedad. Dicho acuerdo de la junta directiva se comunicó a los socios el 11 de octubre de 2010, pese a que la sociedad objeto del acuerdo se constituyó el 23 de junio anterior. No obstante, el acuerdo estuvo expuesto en el tablón de anuncios de la sede de la Federación desde el 11 de junio de 2010.

2.- Los mencionados socios de la Federación Profesional del Taxi de Madrid interpusieron demanda de impugnación del citado acuerdo el 19 de noviembre de 2010. El fundamento de la impugnación era que el acuerdo debería haber sido adoptado por la asamblea general de la asociación, compuesta por todos los socios, y no por la junta directiva.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la excepción de caducidad de la acción, al considerar que debía computarse el plazo legal de 40 días desde que el acuerdo se notificó por carta a los socios; y declaró nulo el acuerdo, por ser la materia objeto del mismo competencia de la asamblea general, por lo que la junta directiva se extralimitó al adoptarlo.

4.- La Federación demandada recurrió en apelación dicha sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, que ratificó lo resuelto por el juzgado.

SEGUNDO. Recurso de casación.

Planteamiento:

1.- La Federación Profesional del Taxi de Madrid formuló recurso de casación, al amparo del art. 477.1 LEC, basado en un único motivo: Infracción del artículo 40.3 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación.

2.- En su desarrollo, dicho motivo considera que el *dies a quo* para la interposición de la acción de anulación de los acuerdos de la asociación es la fecha de su adopción, según establece expresamente el mencionado precepto. Cita como infringidas las sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1997, 22 de octubre de 2001, 11 de julio de 2002 y 17 de febrero de 2009. E invoca específicamente en apoyo de su tesis la sentencia núm. 841/2011, de 14 de noviembre.

Decisión de la Sala:

1.- Es cierto que la doctrina general establecida por la jurisprudencia de esta Sala, tanto en relación con la anterior Ley de Asociaciones, como con la vigente Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación, es que el cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad debe hacerse desde (*dies a quo*) la fecha de adopción del acuerdo, porque se trata de un plazo de caducidad y dicho día es el señalado en la norma jurídica (sentencias, entre otras, de 12 de junio de 1992 y 15 de noviembre

de 1993). No obstante, como excepción a dicho principio, también hemos mantenido en otras resoluciones que el día inicial debe ser el de notificación del acuerdo, en atención a las especiales circunstancias del caso, y siempre bajo el designio de evitar la indefensión (sentencias de 30 de octubre de 1989 y 11 de julio de 2002), conjugando las previsiones del actual art. 40.3 LO 1/2002 con lo dispuesto con carácter general en el art. 1.969 CC respecto de la posibilidad de ejercicio de las acciones a efectos de comienzo del plazo prescriptivo.

2.- Para resolver sobre el plazo de caducidad, es conveniente partir del concepto, caracteres y efectos de la propia institución. La sentencia de 10 de noviembre de 1994 definió con toda precisión la caducidad, haciéndose eco de un nutrido acervo jurisprudencial, al decir:

«La caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad, la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización, y más en cuanto que los derechos o facultades jurídicas conceden a su titular la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, con el fin de producir una consecuencia de tal índole en favor del sujeto y a cargo de otros, lo que puede tener lugar haciendo cesar un preexistente estado de derecho hasta el punto de que, en definitiva, se es titular de la acción creadora y no del derecho creado, ya que para que surja éste es condición indispensable que se ponga en ejercicio en el plazo fijado, pues si transcurre sin que la acción concedida se utilice desaparecen los derechos correspondientes, situación incluso apreciable de oficio en instancia».

3.- Dada la trascendente consecuencia fáctico-jurídica del transcurso del plazo preclusivo (la decadencia fatal y automática del derecho ejercitado), ha de realizarse una interpretación tuitiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que en este caso conecta con otro derecho fundamental como es el de asociación (art. 22 CE). Por lo que cabe compartir el criterio establecido en la instancia, puesto que el acuerdo no fue adoptado por el órgano legal y estatutariamente llamado a ello - la asamblea general-, sino por un órgano incompetente -la junta directiva-, lo

que determina que los socios no pudieran tener conocimiento de su adopción, ya que ni podían estar presentes en la junta directiva, ni siquiera pudieron conocer la convocatoria y celebración de ésta. De manera que no supieron, ni pudieron saber, de la existencia del acuerdo hasta que les fue notificado. Lo contrario supondría mantener un formalismo exacerbado y alentador de la adopción de resoluciones fuera de los cauces orgánicos previstos, con el beneficio indebido de que el plazo de impugnación iría discurriendo sin seguridad de que los socios afectados o disconformes tuvieran conocimiento de lo acordado. Y a tal efecto, tampoco resulta suficiente la notificación mediante publicación del anuncio en el tablón de anuncios de la entidad, pues ello podría tener alguna virtualidad si se tratase de acuerdo adoptado por la asamblea general, de cuya celebración estuvieran informados los socios, pero no cabe considerarlo suficiente cuando se trata de acuerdo adoptado por órgano incompetente, por lo que no podía haber una expectativa legítima de que los socios acudieran a informarse al tablón de anuncios. Máxime cuando la junta directiva no comenzó a ejecutar el acuerdo, en lo que afectaba a los asociados (básicamente, la facturación a nombre de la sociedad y no de la federación), hasta el mes de noviembre de 2010, pese a que ya había constituido la sociedad limitada objeto del acuerdo impugnado el 23 de junio anterior.

4.- Por tanto, la resolución recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, puesto que como hemos visto, junto a la regla general de cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado, también es doctrina jurisprudencial que, en determinados casos y para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el dies a quo puede ser el de la notificación del acuerdo disputado. Solución predicable con mayor fundamento cuando se trata de un plazo de caducidad tan breve como el aplicable en este caso.

Es más, la sentencia núm. 841/2011, de 14 de noviembre, que se cita y transcribe en el recurso, ni siquiera trata propiamente el problema litigioso, sino que únicamente se refiere al transcurso del plazo de caducidad en el caso por ella enjuiciado, pero no trata cuál deba ser el día inicial de su cómputo, ni con carácter general, ni la posibilidad de que haya excepciones. Como consecuencia de lo cual, ha de desestimarse el recurso de casación. (...)»

\* STS de 31 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 2194)

Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

**Resumen:** *Procedencia de la denegación de solicitud de cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones. Inexistencia de extralimitación de la Administración en*

*su función de verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para proceder a la inscripción de la cancelación solicitada. La Administración se ha limitado a comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para la disolución de la Asociación en sus propios estatutos, que requiere la previa liquidación de su activo patrimonial y a verificar que no se han aportados los documentos exigidos.*

**Nota:** Véase reseña STS de 6 de noviembre de 2015 (Cont.-admvo) (JUR 2015, 270635) en el número anterior (17) de esta Revista.

### **Fundamentos de Derecho**

«PRIMERO.- *Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.*

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal del CENTRO ASTURIANO DE LA HABANA DE GIJÓN contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de diciembre de 2013, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución del Consejero de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias de 15 de febrero de 2012, que desestimó el recurso de reposición planteado contra la precedente resolución de esa autoridad administrativa de 11 de noviembre de 2011, que acordó denegar la cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias de la referida entidad asociativa.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] La razón de decidir en la forma en que lo ha hecho la Administración demandada se encuentra en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, que al efecto que aquí interesa dispone “ 1. La disolución de la asociación abre el período de liquidación, hasta el fin del cual la entidad conservará su personalidad jurídica “, y en el artículo 17 que también dispone “ 2. En todos los supuestos de disolución deberá darse al patrimonio el destino previsto en los Estatutos “, considerando que al no reunirse los requisitos establecidos en la referida Ley, junto con los requisitos que para las solicitudes de inscripción de disolución y baja establece el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones, aprobado por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, procede la denegación de la inscripción conforme previene el artículo 24 de la Ley Orgánica.

Frente a tal denegación de la inscripción pretendida se alza la actora alegando que la Administración demandada ha incumplido con la función de mero control formal externo y de naturaleza reglada, al no practicar la cancelación solicitada, lo que impide

otorgar publicidad a una realidad extraprocesal que había resultado válida para todos aquellos que no la habían impugnado. Sin embargo, a ello se ha de advertir que la Administración no entra a valorar como se dice en la legitimidad de un acuerdo de fusión por absorción pactado entre partes, que convienen expresamente el traspaso en bloque de todo el activo y pasivo de la entidad actora, con la consecuencia de que la totalidad de sus bienes y derechos, al igual que sus obligaciones, quedaron incorporados a la entidad absorbente de manera simultánea y automática al otorgamiento de la escritura de fusión, pues en ningún caso se ha puesto en duda la posibilidad de fusión de ambas sociedades, en línea con lo expuesto en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Gijón, de fecha 1 de septiembre de 2010, de que “resulta totalmente ajeno al presente procedimiento (...) la posible validez original de los acuerdos adoptados en su día por el CHAG y por el RGCC; el procedimiento seguido en su día para la aprobación del acuerdo de fusión; y mucho más ajena aun (pues esta cuestión trasciende, incluso y sustancialmente, lo jurídico), la cuestión relativa a si tales acuerdos puedan resultar beneficiosos o no para los asociados de una y otra entidad”, de manera que al ejercer la Administración el control reglado correspondiente de la concurrencia de los elementos necesarios para proceder a la inscripción de la disolución y baja, la deniega, y ello fundadamente en la normativa de aplicación y en los propios Estatutos de la asociación demandante, que requieren en caso de disolución la previa liquidación como causa de extinción de la personalidad jurídica de la misma, dando al patrimonio el fin previsto en aquellos, no pudiendo ignorarse que a tal efecto el artículo 83 de los Estatutos Sociales de la recurrente, aprobados en Junta General Extraordinaria el 25 de octubre de 1998, señala que “En caso de haber sido acordada la disolución de la Sociedad según el artículo precedente, las propiedades muebles e inmuebles que tenga la Sociedad serán distribuidas entre los establecimientos benéficos de la localidad de Gijón, en la forma y cuantía que la Junta General determine”. Y en términos similares se manifiesta la redacción dada a los Estatutos en 2005 al señalar en su artículo 95 que en caso de disolución deberán cobrarse los créditos de la Asociación, liquidar su patrimonio, pagar a los acreedores y, finalmente, “Repartir los bienes sobrantes, si los hubiera, entre los establecimientos benéficos de la villa de Gijón, en la forma y cuantía que establezca la Asamblea General Extraordinaria”.

En suma, no concurriendo causa reglada que permita llevar a cabo la cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones de la entidad actora, esto es, su disolución y liquidación, ni haberse presentado los documentos que el Real Decreto 1497/2003 exige en su artículo 23 para acompañarlos con la solicitud, resulta evidente que no procedía la misma, resultando conforme al ordenamiento jurídico la actuación administrativa combatida en este proceso.».

El recurso de casación se articula en la formulación de cuatro motivos de casación, de los que sólo examinaremos los motivos de casación tercero y cuarto, al haberse inadmitido, por Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014, los motivos de casación primero y segundo formulados al amparo de las letras a) y c) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debido a su deficiente planteamiento.

El tercer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones objeto de debate, denuncia la vulneración, por inaplicación, del artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en relación con lo dispuesto en el artículo 30 del citado texto legal, que establece la obligación de la Administración de inscribir las modificaciones de determinados datos registrales, cumplidos los requisitos formales.

En el desarrollo del motivo de casación se aduce que la Administración debe realizar un control mínimo en la gestión del registro de asociaciones, por lo que no puede cuestionar la validez del acuerdo de fusión por absorción suscrito entre el Centro Asturiano de La Habana de Gijón y el Real Grupo de Cultura Covadonga, a los efectos de denegar la inscripción de un acto inscribible.

Se alega también que la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para revisar un acuerdo de la Asamblea General de la citada Asociación, ya que sólo puede enjuiciar actos dictados por un órgano de la Administración.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, imputa a la sentencia de instancia la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 y de 8 de junio de 2004, sobre el carácter no constitutivo del registro y sobre la jurisdicción competente, en cuanto fundamenta su fallo en una evaluación material o sustantiva sobre el fondo, que es una valoración que corresponde a la jurisdicción civil.

#### SEGUNDO.- *Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.*

El tercer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en relación con el artículo 30 del citado texto legal, no puede prosperar, pues descartamos que la Sala de instancia haya vulnerado dichas disposiciones legales, que regulan el régimen jurídico de la inscripción y que delimitan la función registral de la

Administración a verificar el cumplimiento de los requisitos formales que ha de reunir el documento cuya inscripción se pretende, de conformidad con lo dispuesto en el Acta fundacional y los Estatutos de la Asociación, al sostener que la denegación de la solicitud de cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias de la entidad Centro Asturiano de La Habana de Gijón, es conforme al ordenamiento jurídico, en cuanto la Administración se ha limitado a comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para la disolución de la Asociación en los propios Estatutos, que requiere la previa liquidación de su activo patrimonial, y a verificar que no se han aportado los documentos exigidos por el artículo 23 del Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

En efecto, tal como sostienen el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias y la defensa letrada del Real Centro de Cultura Covadonga en sus escritos de oposición, consideramos que la Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias no se ha extralimitado en su función de verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para proceder a la inscripción registral de la cancelación solicitada de la Asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón, pues entendemos que ha realizado un control de mera legalidad formal, tal como reconoce la sentencia de instancia, tendente a constatar si se han cumplido las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y en los propios Estatutos de la Asociación recurrente, que condiciona la disolución de la Asociación a que se adopte por los asociados, con base en el cumplimiento de estrictas garantías de carácter procedimental, y a que se proceda a abrir un periodo de liquidación, hasta el fin del cual -según prescribe el artículo 18 del citado texto legal - «la entidad conservará su personalidad jurídica».

Por ello, no compartimos la tesis argumental que formula el Letrado defensor del Centro Asturiano de La Habana de Gijón recurrente, de que la Sala de instancia se ha excedido en su función de control de los actos inscribibles en el Registro de Asociaciones «al revisar un Acuerdo General de la citada Asociación», porque resulta evidente que los actos enjuiciados en este proceso judicial son las resoluciones de la Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias de 11 de noviembre de 2011 y de 15 de febrero de 2012, que deniegan la solicitud de cancelación de la inscripción de la mencionada Asociación en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias, y cuya adecuación a la legalidad es revisable en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido, cabe poner de relieve que la decisión de la Sala de instancia no resulta contradictoria con la doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 6 de noviembre de 2015 (RC 1367/2013), en que interpretando el artículo 30 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, delimitamos el ámbito jurídico de control que compete a la Administración en su función de garantizar la regularidad y veracidad de los datos inscribibles en el Registro de Asociaciones; y fijamos las garantías jurídicas establecidas para preservar derechos relacionados con el derecho de asociación, en los siguientes términos:

«[...] El artículo 30 de la Ley establece el régimen jurídico de la inscripción de forma congruente con lo establecido en el citado artículo 10 en cuanto a que la inscripción es exclusivamente a los efectos de publicidad. Así, prevé que la Administración limitará su actividad registral “a la verificación de los requisitos que han de reunir el acta fundacional y los Estatutos” (apartado 1, último párrafo), comprobación por tanto puramente formal de los requisitos contemplados en los artículos 6 (acta fundacional) y 7 (Estatutos), y no del contenido material de tales requisitos cuando estos poseen una vertiente material (como, por ejemplo, el contenido estatutario relativo a los criterios que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación (art. 7.1.g).

Al margen de otros aspectos no relevantes ahora, la Ley sólo prevé un examen de fondo en un aspecto, y es el que se contempla en el apartado 4 del propio artículo 30 en relación con que se encuentren “indicios de razones de ilicitud penal” y únicamente para suspender el procedimiento y dar traslado de la documentación al Ministerio Fiscal. Esto es, que ni siquiera en estos casos se produce una resolución denegatoria, sino tan sólo una suspensión del procedimiento.

La regulación de la actividad del Registro de asociaciones ha sido desarrollada por el Real Decreto 1497/2003, de 28 de diciembre, que dedica los artículos 11 y 12 a la inscripción de la identidad de los titulares de la junta directiva u órgano de representación, que rezan así:

“Artículo 11. Plazo de presentación de la solicitud de inscripción.

En el plazo de un mes desde la elección o modificación de los titulares de la junta directiva u órgano de representación, deberá dirigirse la solicitud de inscripción al Registro Nacional de Asociaciones.

Artículo 12. Contenido de la solicitud y documentación que debe aportarse.

1. La solicitud deberá contener los datos que se indican en el artículo 6.2.ª), b) y c), así como su número de inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones.

2. La solicitud de la inscripción o modificación de los titulares de la junta directiva u órgano de representación deberá ir acompañada del acta de la reunión o del

acuerdo adoptado, según se haya determinado su forma de elección en sus estatutos, o certificado del acta o del acuerdo extendido por las personas o cargos con facultad para certificarlos de acuerdo con sus estatutos, por el que se haya elegido o modificado a los titulares de la junta directiva u órgano de representación, en la que deberán constar, además de la fecha en que se haya adoptado:

a) Los nombres, apellidos, domicilio y demás datos de identificación, si son personas físicas.

b) La razón social o denominación si los titulares son personas jurídicas, con los datos de identificación de las personas físicas que actuarán en su nombre.

c) La fecha del nombramiento y, en su caso, de la ratificación y aceptación por los titulares.

d) La fecha de la revocación y del cese, en su caso, de los titulares salientes.

e) Las firmas de los titulares y, en su caso, de los titulares salientes.”

Así pues, el apartado 2 del artículo 12 enumera de forma precisa la documentación a aportar al objeto de verificar la veracidad de los datos a inscribir. Son estos requisitos formales los que el Registro ha de comprobar al objeto de asegurar la veracidad de la inscripción, esto es, que los miembros de los órganos de representación que se inscriben fueron efectivamente elegidos en una reunión del órgano correspondiente y que se aportan los datos relativos a las circunstancias de la elección, según debe constar en el acta correspondiente, pero no la regularidad del proceso electoral o el cumplimiento de los requisitos que deben ostentar los candidatos. » .

El cuarto motivo de casación, basado en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo formulada en las sentencias de 11 de mayo de 2004 (RC 1576/2000) y de 8 de junio de 2004 (RC 3124/2004(sic)), tampoco puede ser acogido, pues rechazamos que la Sala de instancia haya ignorado dicha doctrina al sostener que es competente para enjuiciar la legalidad de las resoluciones administrativas impugnadas y para verificar, a tal efecto, si resulta procedente la cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias de la Asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 30 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, al no acreditarse el cumplimiento de los requisitos legal y estatutariamente establecidos y no aportarse la documentación requerida.

Por ello, estimamos que la decisión de la Sala de instancia no contradice la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fundada en las invocadas sentencias de 11 de mayo y de 8 de junio de 2014, que se reitera en la sentencia de 6 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

«[...] Lo anterior resulta corroborado por los artículos 39 y 40 de la Ley, que establecen con claridad las respectivas atribuciones de las jurisdicciones contencioso-

administrativa y civil. Así, a esta Jurisdicción se le atribuyen “todas las cuestiones que se susciten en los procedimientos administrativos instruidos en aplicación de la presente Ley Orgánica” (artículo 39). Por su parte, el artículo 40 atribuye a la jurisdicción civil la competencia para resolver “las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno” (apartado 1). En congruencia con dicha atribución competencial a la Jurisdicción civil los apartados siguientes del artículo 40 establecen la legitimación para ambos supuestos, el 2 para los litigios relativos al tráfico jurídico privado (cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo) y el 3 para las cuestiones internas, en los siguientes términos: “Artículo 40. Orden jurisdiccional civil.

[...]

3. Los asociados podrán impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Pues bien, la consecuencia de todo ello es clara. Por un lado, La hipotética contradicción entre un acuerdo interno de una asociación con sus propios Estatutos es una cuestión a resolver por la jurisdicción civil a instancias de los asociados y no por el Registro, ni siquiera con carácter provisional, lo que supone que el control de que la decisión de la junta directiva se ajusta a las previsiones estatutarias corresponde a la jurisdicción civil. Esto es conforme además con la jurisprudencia que invoca la Asociación recurrente.».

A tal efecto, cabe significar que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, no existe un derecho indiscriminado o absoluto de inscripción en el Registro de Asociaciones de cualesquiera hechos asociativos al mero fin de garantizar su publicidad externa, pues sólo resultan inscribibles aquellos actos que «reúnan los requisitos establecidos en la presente Ley Orgánica», lo que evidencia que, tal como razonó la Sala de instancia, corresponde a la Administración verificar si se ha observado la legalidad reguladora de la disolución de las asociaciones contemplada en el citado texto legal y en los propios Estatutos de la Asociación peticionaria de la solicitud de cancelación en el Registro, salvo en aquellos supuestos en que una resolución judicial ordene la inscripción registral.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse los dos motivos de casación admitidos, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del CENTRO ASTURIANO DE LA HABANA DE GIJÓN contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Asturias de 16 de diciembre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 348/2012.

(...»

\* STS de 1 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR\2016\75663)

Ponente: José M<sup>a</sup> del Riego Valledor

**Resumen:** *Declaración de utilidad pública. Existencia de un reiterado criterio jurisprudencial, que insiste en que las actividades que por su naturaleza sean de interés general, de conformidad con el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, no pierden ese carácter por el hecho de realizarse mediante contraprestación.*

### Fundamentos de Derecho

«SEXTO.- (...)

En este caso no existe discusión alguna sobre la naturaleza de los fines estatutarios de la asociación que solicitó la declaración de utilidad pública.

Entre los fines de la asociación, de acuerdo con sus Estatutos, se encuentran los de implantar programas de inclusión laboral en colectivos desfavorecidos (trabajadores procedentes de cierres traumáticos, trabajadores mayores de 45 años, mujeres, inmigrantes, personas con discapacidad, jóvenes, parados de larga duración) y mejorar la calidad de vida de los colectivos desfavorecidos, definiendo como objetivos: lograr la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; lograr la conciliación de la vida laboral y familiar; favorecer el acceso de colectivos desfavorecidos al mercado laboral; lograr la mejora de la integración social de estos colectivos desfavorecidos mediante la inserción laboral; lograr mejoras en la adaptación de estos colectivos al mercado laboral.

No cabe duda que tales fines estatutarios tienden a promover el interés general y son de carácter de asistencia social, de promoción de la mujer, de fomento de la igualdad de oportunidades y de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión, incluidos en el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002.

Si desde el punto de vista teórico, los fines estatutarios de la asociación se dirigen a promover los intereses generales que define el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, en el plano práctico resulta que los servicios que presta la asociación coinciden con los fines estatutarios, pues sentencia impugnada considera acreditado, a la vista de lo actuado, que “no se deduce que la actividad real no coincida con los fines estatutarios”, sin que exista sobre este punto impugnación alguna del Abogado del Estado.

El desacuerdo del Abogado del Estado con la conclusión estimatoria de la sentencia impugnada reside en el carácter retribuido de los servicios de interés general que presta la asociación, si bien ya hemos señalado la existencia de un reiterado criterio jurisprudencial, que insiste en que las actividades que por su naturaleza sean de interés general, de conformidad con el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, no pierden ese carácter por el hecho de realizarse mediante contraprestación, y que, por tanto, avala la interpretación del indicado precepto realizada por la sentencia de instancia.

Por las anteriores razones desestimamos el tercer motivo del recurso de casación. (...)

\* STS de 26 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR 2016, 99160)

Ponente: José Antonio Montero Fernández

**Resumen:** *Asociación. Inexistencia de legitimación activa de Asociación de Promotores y Constructores para impugnar acuerdo administrativo sobre valores catastrales: se requiere que el acto impugnado, las Ponencias de Valores, afecte a un interés de la entidad recurrente que suponga una relación material entre ella y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso la produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, lo cual ni siquiera se plantea por la parte recurrente que se limita, ya se ha dicho, a invocar los intereses colectivos.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 3 de octubre de 2014, desestimatoria del recurso contencioso administrativo [Asociación de Promotores-Constructores de Edificios de Asempal-Almería] dirigido contra la resolución de fecha 13 de diciembre de 2.012 del Tribunal Económico Administrativo Central por la que se declara la inadmisión de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra el acuerdo de la Dirección General del Catastro de 19 de octubre de 2.011 que aprueba la Ponencia de Valores de [varios municipios de Almería]. (...)

CUARTO.- Sobre la legitimación de las Asociaciones y sobre la falta de legitimación de la Asociación recurrente.

(...)

Recordemos como negada por la Dirección General del Catastro su legitimación, en la reclamación económico administrativa se limita, sin más, a recordar los términos del art. 31.2 de la Ley 30/1992, considerando que posee la condición legal de inte-

resada por defender los intereses legítimos del colectivo que representa; en demanda, después de considerar el TEAC que no aprecia que ostente un interés cualificado específico que se pueda identificar con la obtención de un beneficio o desaparición de un perjuicio, al no ser la recurrente titular catastral de inmueble alguno en ninguno de los municipios de Almería cuya Ponencia de Valores se impugna, prácticamente se desentiende de la cuestión y se limita a manifestar que actúa en defensa de los intereses colectivos de empresarios de la provincia de Almería y que tiene interés en la declaración de no ser conforme a derecho el acto impugnado, y el reconocimiento a su favor de la situación jurídica individualizada; en su escrito de conclusiones entiende que al haberse admitido el recurso contencioso administrativo se admitió su legitimación, por demás defiende los intereses de sus asociados, afectando las Ponencias de Valores aprobadas a los intereses económicos de las empresas que representan y sin que sea discutible su legitimación conforme a lo dispuesto en el art. 31.2 de la Ley 30/1992, <<se trata de una persona jurídica que defiende los intereses legítimos del colectivo que representa, sin ser necesario que sea titular de ningún inmueble afectado por las Ponencias recurridas, dado que lo que defiende son los intereses económicos de sus asociados, que si son titulares de inmuebles en los municipios afectados por las Ponencias>>. Pues bien, ciertamente los intereses colectivos pueden ser ejercitados por grupos, corporaciones o asociaciones, pero existe el problema de determinar qué tipo de grupos o entes tienen la condición jurídica que les hace específicos defensores de aquéllos, en vía administrativa, primero, y jurisdiccional, después, y como se ha puesto de manifiesto por referencia a la LOPJ, los grupos o entes han de estar afectados o tener legalmente reconocida la defensa y promoción de los intereses colectivos, siendo doctrina emanada, tanto en el Tribunal Constitucional como en este Tribunal, la de reconocer la legitimación a los individuos, asociaciones y corporaciones para la defensa de dichos intereses, en los casos en que, defendiéndolos, el ciudadano, las corporaciones, asociaciones o grupos defienden también un círculo de intereses propios que resulta afectado por el acto que se impugna. Y en esta línea este Tribunal ha dicho en reiterada ocasiones que:

<<En definitiva de la jurisprudencia de esta Sala se pueden extraer las siguientes conclusiones:

.) Se precisa la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, en referencia obligada a un interés propio de la Entidad, de suerte que la anulación del concreto acto impugnado le reporte un efecto positivo o negativo o de futuro, pero cierto.

.) Se justifique la interrelación entre el interés invocado y el objeto de la pretensión. Carga procesal que incumbe al accionante.

.) No es suficiente para el reconocimiento de la legitimación con invocar de forma abstracta, genérica y/o potencial el interés por medio del cual se actúa, sino que se requiere determinar de forma precisa y pormenorizada en qué puede verse afectado. No basta la mera autoatribución estatutaria”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa la Asociación recurrente no tiene atribuida legalmente la defensa de los intereses patrimoniales que puedan resultar afectados por la determinación general y previa de los criterios de la Ponencia de Valores que se impugna.

En los Estatutos de la Asociación sus arts. 5 y 6, hablan expresamente de <<la representación y defensa de los intereses profesionales de los promotores y promotores constructores inmobiliarios>> y <<ejercitar ante los Tribunales o cualesquiera otros Organismos Públicos que mejor convengan al cumplimiento de sus fines y de conformidad a las facultades orgánicas establecidas en los presentes Estatutos>> , pero aparte de la generalidad e indeterminación de los términos utilizados, es lo cierto que ésta autoatribución estatutaria no resulta suficiente para convertir a la entidad recurrente en entidad legitimada, ni tampoco la alegación de que está defendiendo los intereses económico de aquel colectivo, pues la finalidad que expresa su Estatuto, ni los intereses económico de sus miembros como asociados, en modo alguno comprende las relaciones jurídico tributarias entre promotores y promotores constructores, en su condición de titulares de inmuebles en los municipios que abarcan las distintas Ponencias y la Administración, pues resulta evidente que los intereses que se corresponden con la aprobación de las ponencias de valores son esencialmente intereses patrimoniales propios y específicos de los titulares de los correspondientes bienes inmuebles afectados, ajenos de todo punto a unos supuestos intereses profesionales, sin que quepa apreciar una legitimación por sustitución de dichos titulares en una autoatribución, como la que se examina, que hace referencia a intereses profesionales, sin que, ya se ha dicho, sea posible reconocer el interés legitimador cuando resulta únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada cualquier asociación o entidad que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones generales o determinadas clases de actos administrativos (Cfr. STS de 31 de mayo de 2006 , 13 de junio de 2014-rec. de cas. 1600/2013 [sic] , y 5 de mayo de 2015 -rec. de cas. 2635/2012 [sic] , ad exemplum). En definitiva, se requiere que el acto impugnado, las Ponencias de Valores, afecte a un interés de la entidad recurrente que suponga una relación material entre ella y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso la produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, lo cual ni siquiera se plantea por la parte recurrente que se limita, ya se ha dicho, a invocar los intereses colectivos vistos. (...))»

\* ATS de 4 de mayo (Civil) (JUR 2016, 104638)

Ponente: Francisco Marín Castán

**Resumen:** *Prescripción de acción de responsabilidad civil contra presidenta de la asociación por daños causados por incumplimiento de condena impuesta a la asociación. La LO 1/2002, de 22 de marzo, no contiene ninguna disposición que señale el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 15.3 por lo que de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil el plazo de prescripción será de 15 años.*

### Fundamentos de Derecho

#### «SEGUNDO

El recurso de casación se estructura en un motivo único (aunque figura como primero) con dos apartados, uno por infracción normativa y otro en el que alega interés casacional. La parte recurrente funda su recurso en la infracción de los artículos 1902 y 1968 del Código Civil al considerar que rige el plazo de prescripción de 15 años, cuando estamos en un claro supuesto de responsabilidad extracontractual resultando de aplicación el plazo de prescripción de 1 año por tratarse de una reclamación que efectúa un tercero, ajeno a la asociación presidida por la recurrente y con la que no existe vínculo contractual. El interés casacional, según mantiene el recurrente, radica en que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada entre otras muchas en sentencias de 4 de marzo y 27 de mayo de 2009, de acuerdo con la que el régimen de aplicable es el de la responsabilidad extracontractual cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio.

El recurso de casación no puede prosperar por no concurrir los presupuestos para su admisión por ser inexistente el interés casacional en la resolución del recurso (artículos 483.2.3º y 477.2.3 y 3º LEC) porque la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada sólo podría conllevar una modificación del fallo omitiendo los hechos que declara probados la sentencia recurrida y eludiendo su razón decisoria o ratio decidendi.

El recurso incurre en la expresada causa de no admisión en primer lugar porque la naturaleza y calificación de la acción ejercitada incumben al Tribunal de Instancia y en el presente caso además la razón de entender aplicable el plazo de prescripción de 15 años no es el origen en un vínculo contractual de la responsabilidad reclamada sino que: «no contiene la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, ninguna disposición que señale el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 15.3 por lo que de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil el plazo de prescripción será de 15 años». Pero además la parte recurrente elude que la Audiencia Provincial exami-

nando el material probatorio, fija en todo caso como el dies quo el 27 de octubre de 2009, cuando la demandada remite el correo electrónico a la dirección letrada del actor en el que claramente se pone de manifiesto el impago de la suma a la que fue condenada la Asociación, y siendo el escrito de interposición de la demanda de fecha 30 de abril de 2010. De esta forma la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada sobre el plazo de prescripción de un año para reclamar responsabilidad extracontractual, carece de consecuencias para el fallo de la sentencia y el interés casacional resulta inexistente.

Las alegaciones a las posibles causas de no admisión, en las que la parte recurrente discrepa de la fijación del dies a quo no desvirtúan la efectiva concurrencia de la posible causa de no admisión puesta de manifiesto en los términos expuestos.

(...)

\* STS de 18 de mayo de 2016 (Civil) (JUR\2016\117487)

Ponente: Rafael Saraza Jimena

**Resumen:** *La impugnación del acuerdo que sanciona con la expulsión de la asociación, por inobservancia de las normas internas que regulan las causas y los procedimientos disciplinarios (falta de previsión estatutaria de los hechos sancionados e inobservancia de los trámites estatutarios), está sometida al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el art. 40.3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.*

### Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La entidad Taller Tp, S.L. (en lo sucesivo, Taller Tp) interpuso el 13 de septiembre de 2012 una demanda contra la Asociación Española de Criadores de Caballos Anglo-Árabes (en lo sucesivo, la asociación), en la que solicitó que se declarara nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado en la asamblea general de la asociación celebrada el 16 de marzo de 2012 que acordaba su expulsión de dicha asociación, puesto que fue en la asamblea de la asociación celebrada el 26 de marzo de 2010, en la que se acordó incoar expediente sancionador al demandante, donde se aprobaron las infracciones y sanciones que sirvieron para calificar la conducta y adoptar la sanción, por unas manifestaciones realizadas por el administrador de Taller Tp en el año 2008, pues consideró que se vulneraba el principio de legalidad y el de irretroactividad de las sanciones. Alegaba asimismo que el procedimiento sancionador no se ajustaba a lo dispuesto en los estatutos de la asociación pues no se había respetado el plazo de alegaciones y prueba previsto en los estatutos. Y, por último,

alegaba que los hechos que determinaban la expulsión de Taller Tp de la asociación eran imputables a su administrador, pero no a Taller Tp, al haber sido realizadas las manifestaciones a título personal.

La asociación demandada se opuso a la demanda, excepcionó la caducidad de la acción y negó los presupuestos en que se basaba la acción de Taller Tp.

2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la excepción de caducidad, pues consideró que «la impugnación que se realiza se atiene al núcleo fundamental del derecho de defensa y de legalidad del expediente, por lo que es evidente que no se trata de una mera denuncia de anulabilidad del acuerdo por un vicio procedimental, sino de una impugnación por nulidad del mismo».

Consideró que las infracciones imputadas a Taller Tp no estaban previstas en los estatutos cuando se produjeron los hechos, ni las sanciones anudadas a las mismas, por lo que se vulneraron los principios de legalidad e irretroactividad de las infracciones y sanciones, lo que debía determinar la nulidad del acuerdo de expulsión.

Respecto de la infracción consistente en la deuda de las cuotas asociativas por un periodo superior a un año, el juzgado consideró que dicha infracción no se discutió en la asamblea de 26 de marzo de 2010, pese a estar indicada en el burofax por el que se incoaba el expediente, pero en este documento la infracción no se tipificaba y la falta de motivación del acuerdo sancionador impedía conocer la repercusión de esta deuda en el acuerdo de expulsión.

Además, la actuación del asociado estaría amparada por la libertad de expresión, que incluye la crítica, ácida y dura, al presidente de la asociación. Y tales hechos eran imputables al administrador y socio único de la persona jurídica demandante, pero no a esta en sí.

3.- La asociación demandada apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso, pues consideró que cuando se presentó la demanda, el 10 de septiembre de 2012, la acción de impugnación del acuerdo adoptado el 16 de marzo de 2010 había caducado por haber transcurrido más de cuarenta días desde la adopción del acuerdo de expulsión de Taller Tp por las manifestaciones de su único socio y administrador y por mantener una deuda con la asociación por tiempo superior a un año.

Para el tribunal de apelación, los motivos de impugnación del acuerdo supondrían su mera anulación sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días, puesto que no existía contravención directa de normas imperativas o prohibitivas, pues en la demanda no se aludía a ningún precepto legal que se estimara infringido.

4.- Taller Tp ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia, basados en un solo motivo cada uno de ellos. Ambos recursos han sido admitidos a trámite.

(...)

CUARTO.- *Formulación del motivo del recurso de casación.*

1.- El párrafo en el que se expresa la infracción legal que se denuncia en el recurso de casación dice así:

«El recurso que se interpone se funda en la infracción del artículo 22 de la Constitución por incorrecta interpretación y aplicación del artículo 40 de la L.O. 1/2002 de 22 de marzo en sus apartados 2 y 3, en concreto por considerarse los hechos expuestos en la demanda y acogidos por la sentencia de Primera Instancia como constitutivos de causa de anulabilidad y no de nulidad, y aplicar el plazo de caducidad de cuarenta días, obviando que nos encontramos ante un acuerdo contrario a la ley y por tanto nulo de pleno derecho, sin que exista plazo de caducidad o prescripción para su impugnación».

2.- El motivo se razona alegando que al carecer la sanción de una previa previsión estatutaria que asociara la sanción de expulsión a la conducta realizada, se vulneró el principio de legalidad y de irretroactividad de las sanciones. Y en cuanto a la existencia de la deuda como causa de expulsión, tampoco existía un precepto estatutario que fundara la sanción de expulsión.

QUINTO.- *Decisión de la Sala. La acción para impugnar el acuerdo de expulsión del asociado que infringe los estatutos de la asociación está sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días.*

1.- El artículo 6.1.c) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece que el acta fundacional de las asociaciones ha de contener los estatutos aprobados que regirán el funcionamiento de la asociación, los cuáles, a tenor del art. 7.1 e) deberán contener «los requisitos y modalidades de admisión y baja, sanción y separación de los asociados. Podrán incluir también las consecuencias del impago de las cuotas por parte de los asociados».

El art. 21.c de la ley orgánica establece como uno de los derechos de los asociados el derecho «a ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción».

De los preceptos transcritos se desprende que los estatutos de la asociación deben prever los hechos que pueden determinar la imposición de medidas disciplinarias a los asociados, incluida la expulsión, la correspondencia entre tales hechos y las sanciones previstas, y los trámites para la adopción de la sanción, entre los que deben incluirse los de información al asociado de los hechos que se le imputan, la audiencia del asociado y la motivación del acuerdo sancionador.

2.- El art. 21.d de la ley orgánica prevé como otro de los derechos de los asociados el de «impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los Estatutos».

Los apartados 2º y 3º del art. 40 de la ley orgánica establecen:

«2. Los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al ordenamiento jurídico, por los trámites del juicio que corresponda.

»3. Los asociados podrán impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

3.- Se ha considerado que estas previsiones legales generan un régimen de impugnación con dos modalidades. Mientras los acuerdos contrarios a una norma imperativa o prohibitiva pueden ser impugnados mediante el ejercicio de una acción de nulidad radical, no sujeta a plazo de ejercicio, salvo que en la norma en cuestión se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, a los que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil, los acuerdos contrarios a los estatutos solo son susceptibles de anulación mediante su impugnación en una demanda formulada dentro del plazo de caducidad de cuarenta días contados desde su adopción, de modo que, transcurrido este plazo, quedan sanados y devienen inatacables.

En la sentencia 841/2011, de 14 de noviembre, afirmamos:

«La nulidad de pleno derecho, ipso iure, se produce cuando un acuerdo o actuación (como dice el artículo 40.3 de la ley de asociaciones, antes transcrito) va contra una norma imperativa o prohibitiva. No toda disconformidad con la ley implica nulidad, sino tan sólo cuando es una contravención directa de una norma imperativa o prohibitiva (así, sentencias de 20 de junio de 1996, 22 de julio de 1997, 9 de marzo de 2000). A este supuesto de nulidad se refiere el artículo 40.2 de la citada ley de asociaciones al prever la impugnación de actos contrarios al ordenamiento jurídico, aunque no toda irregularidad provoca la nulidad, sino, como se ha dicho, contraviene directamente una norma de *ius cogens*.

»La anulabilidad se produce cuando el acuerdo o actuación adolece de un vicio que permite invalidar (anular) y que sólo cabe ser declarada mediante el ejercicio de una acción que da lugar a una sentencia que produce la anulación, con efecto *ex tunc*. Acción que está sometida a un plazo de caducidad, que en el caso del artículo 40.3 de la mencionada ley, es de cuarenta días».

4.- Cuando, como ocurre en el caso objeto del recurso, se impugna el acuerdo asociativo que impone una sanción al asociado porque los hechos determinantes de la sanción no estaban previstos como determinantes de tal sanción en los estatutos cuando sucedieron los hechos sancionados y porque se han infringido algunos de los trámites del procedimiento sancionador previsto en los estatutos, la causa de la impugnación es propiamente la contrariedad del acuerdo a los estatutos de la asociación.

Que tales sanciones se tipifiquen posteriormente o que no se lleguen a tipificar en momento alguno no cambia la naturaleza de la acción, pues de otro modo se daría el contrasentido de que la falta absoluta de previsión estatutaria determinaría que la acción de impugnación de la sanción fuera una acción de anulación, sometida a un plazo de caducidad, mientras que la introducción posterior al acaecimiento de los hechos de la previsión estatutaria sancionadora determinaría que la acción fuera de nulidad.

No puede reconducirse esta infracción estatutaria a la existencia de una infracción de norma imperativa mediante el subterfugio de invocar como infringido el art. 9.3 de la Constitución y el art. 2.3 del Código Civil, que además solo es aplicable a las normas legales, en cuanto que prevé que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». De aceptarse esta tesis, se extendería injustificadamente el régimen de nulidad de pleno derecho, sin plazo de ejercicio, que solo se justifica en casos gravísimos de vulneración de norma de orden público, y se provocaría una gran inseguridad jurídica en el funcionamiento de las asociaciones. Tal inseguridad pretende evitarse mediante la previsión de un breve plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos asociativos cuando sean contrarios a los estatutos, y tal es el caso de un acuerdo sancionador que se basa en una causa no prevista en los estatutos en el momento en que sucedieron los hechos objeto de sanción, y cuyo expediente de adopción del acuerdo sancionador no ha respetado los trámites procedimentales previstos en los estatutos.

5.- Tampoco puede estimarse que la infracción del procedimiento sancionador previsto en los estatutos constituya una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, al derecho de defensa. La STC 197/1988, de 24 de octubre, declaró:

«El derecho a la tutela judicial, en cuanto es el poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial. Conforme a ello y según STC 26/1983, de 13 de abril, son los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación, si bien esta doctrina ha sido matizada por la STC 90/1985, de 22 de julio, en el sentido de que esa regla general no elimina totalmente la posibilidad de que órganos no judiciales incidan en la lesión del derecho, en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales».

La prohibición de indefensión opera en el ámbito de los procesos judiciales, sin que pueda proyectarse a los procedimientos sancionadores seguidos en las asociaciones privadas. Estos deben ajustarse a las previsiones estatutarias, que deberán respetar el

derecho que el art. 21.c de la Ley Orgánica 1/2002 otorga al asociado «a ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción». El asociado puede impugnar la sanción impuesta en un expediente sancionador en el que no se han respetado los trámites estatutarios, y en concreto los que se derivan del art. 21.c de la ley orgánica (audiencia del asociado, información sobre los hechos que motivan la incoación del expediente disciplinario y motivación del acuerdo sancionador). Pero en la impugnación del acuerdo sancionador adoptado sin respetar las exigencias del procedimiento previsto en los estatutos, el asociado no ejercita una acción de nulidad absoluta por contravención de una norma de orden público (como el art. 24 de la Constitución, que prohíbe la indefensión), sino una acción de anulación que se basa en la infracción de los estatutos y está sometida al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el art. 40.3 de la Ley Orgánica 1/2002.

6.- En lo que se refiere al principio de legalidad que se alega como infringido para justificar que la acción es de nulidad y no de anulación, no puede pretenderse otorgarle una entidad diferenciada, distinguiéndolo de la simple exigencia de que las sanciones estén previstas en los estatutos asociativos que se desprende de lo previsto en el artículo 7.1 e) de la ley orgánica, de modo que permita transformar en una nulidad por contrariedad de norma de orden público lo que constituye simplemente una infracción de los estatutos.

El principio de legalidad en las sanciones penales o administrativas sancionadoras que deriva del art. 25 de la Constitución, con todo lo que el mismo conlleva, no es aplicable a las previsiones estatutarias de las asociaciones. Sobre esta cuestión, hemos declarado en la sentencia 572/2001, de 9 de junio:

«No procede decretar infracción del artículo 25 de la Constitución, toda vez que dicho precepto se refiere a los delitos, penas y faltas o infracciones administrativas, y no cabe encuadrar en el ámbito de éstas, como propia actuación de la Administración Pública, la sanción discutida, ni tiene condición de propio acto administrativo lo llevado a cabo por el recurrente.

»El Tribunal Constitucional tiene declarado desde las primeras resoluciones, que el ámbito de operatividad del artículo 25 se reduce a la imposición de condenas penales o sanciones administrativas y no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas por quien está legitimado para ello, supuesto en que la corrección del exceso o del incumplimiento está amparado por la norma ordinaria, pero no por la constitucional (Sentencia de 26-7-1983)».

7.- En conclusión, la impugnación del acuerdo que impuso la sanción de expulsión de la asociación, por inobservancia de las normas internas que regulan las causas

y los procedimientos disciplinarios, está sometida al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el art. 40.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

No puede eliminarse el plazo de ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo asociativo, convirtiendo la acción en imprescriptible, mediante la invocación del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, del principio de legalidad o de la interdicción de indefensión, con la intención de transformar lo que constituye una simple infracción estatutaria en una violación de una norma de orden público.

(...)

## V. FUNDACIONES

\* STS de 15 de junio de 2016 (Civil) (JUR 2016, 138734)

Ponente: Ángel Fernando Pantaleón Prieto

**Resumen:** *Extinción de una Fundación por imposibilidad de realizar el fin fundacional. Doctrina jurisprudencial: no cabe identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Y dicha imposibilidad existirá sin duda cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio. Pero, eso sentado, no encuentra esta Sala posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c) de la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones.*

### Razonamientos Jurídicos

«SEGUNDO.- Contra la sentencia de la Audiencia, la Fundación ha interpuesto recurso de casación por razón de interés casacional, integrado por dos motivos en los que denuncia, en ambos, infracción del artículo 31.c) de la Ley 52/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

A fin de justificar el interés casacional de la resolución del recurso, se alega en el motivo primero la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Según la ahora recurrente, la sentencia dictada por la Audiencia a quo

habría fijado la doctrina de que la simple inactividad ocasional de una fundación lleva aparejada la concurrencia de la causa de extinción por imposibilidad de cumplimiento del fin fundacional. La recurrente afirma que esa doctrina se contradice con la fijada en las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, de 17 de junio de 2005 ; de Álava, Sección 1ª, de 14 de julio de 2008 ; y de Madrid, Sección 11ª, de 28 de octubre de 2011 : en las tres citadas resoluciones -sostiene la Fundación- se habría establecido la doctrina de que han de concurrir más razones que la simple inactividad para determinar la imposibilidad de realización de los fines fundacionales.

Aduce a continuación la Fundación que el término «imposibilidad» tiene un valor absoluto, un carácter inmanente y objetivo, mientras que el término «inactividad» tiene un carácter contingente, porque depende de un elemento subjetivo, volitivo, que puede mudar por la acción del sujeto. Añade, en fin, que lo mismo puede predicarse de la «absoluta dejación en la realización del fin fundacional», que no es más que una inactividad recalcitrante, que sólo podría comportar la responsabilidad de los patronos.

En el motivo segundo, el interés casacional, por alegada oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se trata de justificar con cita de algunos pronunciamientos de la Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2002 ; y se mencionan las Sentencias de 21 de abril de 2006 y 21 de junio de 2013 .

Ambos motivos deben desestimarse por las razones siguientes:

1.ª) Comenzando por el segundo de ellos, debe señalarse que la misma parte recurrente ha iniciado el desarrollo del motivo primero diciendo:

«La extinción de las fundaciones por imposibilidad del cumplimiento de sus fines sociales es un tema que ha llegado en pocas ocasiones a las Audiencias Provinciales y, en ningún caso, al Tribunal Supremo para su resolución [...]».

Ciertamente, en el «Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por esta Sala el 30 de diciembre de 2011, se declaró que un recurso de casación por la vía del interés casacional en el que este interés se afirme presente por haber resuelto la sentencia recurrida puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, no es admisible cuando «exista jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre el problema jurídico planteado». Pero la consecuencia que a todas luces se extrae de ello, en cuanto al recurso interpuesto por la Fundación, es que los dos motivos que lo componen resultan palmariamente contradictorios entre sí.

En todo caso, la Sentencia de esta Sala 383/2002, de 30 de abril (Rec. 3431/1996), en los párrafos que se citan en el motivo segundo del recurso, se pronunció sobre las cualidades características de la imposibilidad (objetiva y definitiva) de la prestación

que, en contraposición a la mera dificultad (subjettiva o temporal) de efectuarla, da lugar a la extinción de la obligación de la que la prestación es objeto. Invocar esa doctrina -que reiteró la Sentencia 404/2006, de 21 de abril (Rec. 2579/1999), y que se narra en los Antecedentes de Hecho de la Sentencia 424/2013, de 21 de junio (Rec. 1929/2010) que citó una de las partes en el correspondiente proceso- para la absolutamente distinta cuestión jurídica que el presente caso plantea, podrá considerarse ingenioso, pero sin duda resulta inadmisibile.

2.<sup>a</sup>) El mismo Acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011 dice:

«El concepto de jurisprudencia contradictoria de las AAPP comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de AAPP mantenidos cada uno con suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de una misma sección. Ésta última ha de ser distinta, pertenezca o no a la misma AP. Una de las sentencias invocadas ha de ser la recurrida [...]

»No es admisible el recurso en el que se invoque este elemento cuando [...] (b) se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una AP en las que se decida colegiadamente en un sentido; (c) se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una AP, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario [...]».

El motivo primero del recurso que nos ocupa incurre claramente en esta causa de inadmisibilidad, ahora causa de desestimación.

3.<sup>a</sup>) Esta Sala ha examinado las tres sentencias traídas a colación en el mismo motivo del recurso [las 215/2005, de 17 de junio, de la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia de Toledo ; 284/2008, de 14 de julio, de la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia de Álava ; y 613/2011, de 28 de octubre, de la Sección 11<sup>a</sup> de la Audiencia de Madrid], y ha constatado que en ninguna de ellas aparece en modo alguno la contraposición entre «imposibilidad» e «inactividad» -ni mera ni recalcitrante-, en el sentido alegado por la Fundación recurrente. En la primera y en la tercera de esas sentencias, se confirmó la existencia de la causa de extinción prevista en el artículo 31.c) de la Ley de Fundaciones , por los hechos que en cada una se declararon probados, diferentes a los específicos del presente caso; y en la dictada por la Audiencia Provincial de Álava, sin poner en cuestión la extinción de la fundación también por los concretos hechos del caso diferentes a los del que ahora nos ocupa, se desestimó la demanda al negarse el derecho de los demandantes a los bienes resultantes de la liquidación de la fundación.

En suma: en ninguna de las tres referidas sentencias se contempló un caso con circunstancias fácticas idénticas o sólo irrelevantemente diferentes a las del presente; lo que es también causa de inadmisibilidad según el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011. Y en ninguna de ellas se desestimó una petición declarativa de la extinción de una fundación, contraponiendo la inactividad de la misma, mera o recalcitrante, a la imposibilidad de realizar su fin fundacional.

Lo mismo cabe decir de la reciente Sentencia 145/2015, de 10 de junio, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante; aunque añadiendo que en ésta se cita expresamente la sentencia ahora recurrida, al objeto de reforzar su decisión de confirmar la sentencia de primera instancia, que había declarado la extinción de la fundación por la causa prevista en el artículo 31.c) de la Ley de Fundaciones .

4.ª) Una lectura pausada del contenido arriba transcrito de la sentencia recurrida deja claro que la ratio decidendi de su fallo declarativo de la extinción de la Fundación no fue sin más la (no «ocasional») inactividad de ésta: fue que la Audiencia a quo , valorando incisivamente los específicos hechos del caso, llegó a la convicción de que, de no haber abierto el Protectorado el expediente de extinción, la Fundación habría continuado absolutamente inactiva y carente de medio patrimonial alguno con que realizar los fines fundacionales. Y no sólo a la luz de su confesada total inactividad hasta la apertura de dicho expediente; sino, además, porque no aportó prueba convincente de que el alegado plan de formación para el año 2012 se ejecutase, ni prueba acreditativa de la fecha en que se produjo el ingreso de 30.000 euros en la nueva cuenta de la Fundación en la Caja Rural del Mediterráneo: no demostró, esto es, que no se tratara de simulaciones de actividad y mantenimiento de la dotación inicial, a fin de evitar la extinción a instancia de Protectorado; al que nada le hizo saber la Fundación sobre dicho ingreso de 30.000 euros antes de que aquél viniera a interponer la demanda iniciadora del presente proceso.

Notamos, en fin, que la Fundación tampoco ha dado explicación de la procedencia del referido ingreso; ni de la salida de la dotación inicial, del mismo importe, de la cuenta en Banco Santander en la que estaba depositada; ni de los 35 apuntes anotados en la cuenta a la que esa dotación se transfirió, correspondientes a diversas transferencias cruzadas entre la Fundación y dos compañías mercantiles aparentemente vinculadas con los Patronos.

5.ª) A la luz de los hechos incontrovertidos del caso, esta Sala no habría hallado motivo bastante para corregir la valoración jurídica que la Audiencia a quo hizo de los mismos -que acreditaban la existencia de la causa de extinción de la Fundación prevista en el artículo 31.c) de la Ley de Fundaciones -, en la hipótesis de que el recurso de casación denunciando infracción de esa norma hubiera podido interponerse y la Fundación lo hubiese interpuesto por razón de la cuantía del proceso. Se trata de una valora-

ción compatible con el «sentido literal posible» (el conjunto de los significados gramaticales posibles del tenor literal) de la norma; es una valoración lógica, fundada y razonable; y nadie ha alegado nunca la viabilidad de las soluciones alternativas de los artículos 29 y 30 de la misma Ley, que hay que asumir que el Protectorado descartó. Parece claro que los Patronos querían la Fundación para otra finalidad distinta del fin fundacional. Y es altamente improbable que, si el Protectorado hubiera optado por entablar un proceso judicial para cesarles -como apuntó el Juzgado en su sentencia que podría haber hecho-, los 30.000 euros hubiesen reaparecido en el patrimonio de la Fundación y se hubiera conseguido a la postre constituir un nuevo Patronato. Las fundaciones son patrimonios destinados a fines; pero la realización de éstos requiere de personas que quieran perseguirlos.

6.<sup>a</sup>) Ahora bien, dicho lo anterior, es oportuno concluir reiterando lo que declaramos en la Sentencia 370/2016, de 3 de junio de 2016 (Rec. 823/2014):

«[S]iendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina -con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengán decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso».

Con seguridad no cabe identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Y dicha imposibilidad existirá sin duda cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio.

Pero, eso sentado, no encuentra esta Sala posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c) de la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones. La casuística impone sus exigencias: reclama su espacio frente a la regla jurisprudencial. Por ende, un recurso de casación de la modalidad del ahora examinado no será, en principio, viable contra una sentencia del tipo de la dictada por la Audiencia a quo, con independencia de que tal sentencia venga a estimar, o no, la petición de disolución de la fundación de que se trate.

(...)

# ÍNDICE CRONOLÓGICO

<p>* <i>ATS de 15 de diciembre de 2015 (Social) (JUR 2016, 14141)</i>            Sociedad Laboral. Despido: incompetencia de la jurisdicción social al ser el actor socio administrador mancomunado .....</p>	421
<p>* <i>ATS de 20 de enero de 2016 (Civil) (JUR 2016, 21419)</i>            Asociación. Derecho de las esposas de los socios a incorporarse a la asociación como socias de número .....</p>	439
<p>* <i>ATS de 21 de enero de 2016 (Penal) (JUR 2016, 31948)</i>            Cooperativas. Responsabilidad penal de administrador y presidente de cooperativa. Delito societario de administración desleal .....</p>	409
<p>* <i>STS de 15 de febrero de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 685)</i>            Asociaciones. Revocación de declaración de utilidad pública. No afecta a la existencia de fines de interés general la externalización de dichas funciones públicas, mediando o no convenio: revocación improcedente .....</p>	441
<p>* <i>Auto de 18 de febrero de 2016 (Social) (JUR 2016, 60890)</i>            Mutualidad de Previsión Social Profesional. Prestación por maternidad. Actor afiliado al Régimen General, casado con una abogada afiliada y en alta en la Mutualidad de la Abogacía, sin que la progenitora hubiera suscrito con la Mutualidad la prestación por maternidad que se contempla en el sistema de previsión específico para este colectivo profesional. No corresponde el derecho al padre cuando la madre no ha cubierto la contingencia con la mutualidad general de la abogacía .....</p>	431
<p>* <i>STS de 2 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ\2016\642)</i>            Mutualidades de Previsión Social de profesionales con colegiación obligatoria. Abogado que libre y voluntariamente opta por darse alta en el RETA, vigente ya la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, sin sustituir tal afiliación por su pertenencia a la Mutualidad General de la Abogacía. Solicitud de baja en el RETA por pase a la situación de jubilación compatible con el trabajo profesional. Una vez producida el alta en el mencionado régimen especial, solo puede causar baja en el mismo por cesar en la actividad laboral por cuenta propia (en el caso en su actividad profesional como abogado), sin que quepa revocar aquella decisión voluntaria, ejercitable por una sola vez, dada la indisponibilidad de los derechos y deberes derivados del sistema de la Seguridad Social vigente .....</p>	434

\* STS de 3 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 819)

Una asociación cumplirá los requisitos del artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos en el citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enumerados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública o cobre sus servicios a los usuarios. La Administración está obligada a motivar las razones que justifican la revocación de la citada declaración..... 442

\* STS de 15 de marzo de 2016 (Civil) (RJ 2016, 952)

Asociaciones. *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de acuerdo. Acuerdo de creación de sociedad mercantil nulo por adoptarse por órgano incompetente (Junta Directiva). Junto a la regla general de cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo impugnado, también es doctrina jurisprudencial que, en determinados casos y para evitar la indefensión y no propiciar abusos, el *dies a quo* puede ser el de la notificación a los socios del acuerdo disputado. Solución predicable con mayor fundamento cuando se trata de un plazo de caducidad tan breve como el aplicable en el caso ..... 449

\* STS de 17 de marzo de 2016 (Penal) (RJ 2016, 1096)

Cooperativas. Responsabilidad penal de administrador de cooperativa. Delito societario del art. 290 Código Penal: falseamiento de información contable para favorecer un proceso de absorción de una cooperativa por otra, ocultado la situación económica que de facto se había estado produciendo en la relación entre ambas cooperativas, ocultación que en la práctica suponía el impago de una deuda que en modo alguno había sido condonada, por lo que su falta de constancia en la formalización de la absorción conllevaba necesariamente un claro perjuicio económico para la sociedad cooperativa querellante absorbente y a sus socios..... 410

\* ATS de 30 de marzo (Social) (JUR 2016, 88721)

Cooperativas. Trabajador despedido por causas objetivas de una cooperativa que pasa a vincularse con la misma cooperativa con la condición de socio trabajador para desempeñar las mismas funciones que desarrollaba antes: no existen razones objetivas para amortizar el puesto de trabajo, sino para aplicar una suspensión de la relación laboral y por lo tanto no corresponde al FOGASA abonar el 40% de la indemnización ..... 417

- \* *STS de 31 de marzo de 2016 (Cont.-admvo) (RJ 2016, 2194)*  
Asociaciones. Procedencia de la denegación de solicitud de cancelación de la inscripción en el Registro de Asociaciones. Inexistencia de extralimitación de la Administración en su función de verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para proceder a la inscripción de la cancelación solicitada. La Administración se ha limitado a comprobar la concurrencia de los requisitos establecidos para la disolución de la Asociación en sus propios estatutos, que requiere la previa liquidación de su activo patrimonial y a verificar que no se han aportados los documentos exigidos..... 452
- \* *STS de 1 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR\2016\75663)*  
Asociaciones. Declaración de utilidad pública. Existencia de un reiterado criterio jurisprudencial, que insiste en que las actividades que por su naturaleza sean de interés general, de conformidad con el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, no pierden ese carácter por el hecho de realizarse mediante contraprestación ..... 460
- \* *STS de 26 de abril de 2016 (Cont.-admvo) (JUR\2016\99160)*  
Asociaciones. Inexistencia de legitimación activa de Asociación de Promotores y Constructores para impugnar acuerdo administrativo sobre valores catastrales: se requiere que el acto impugnado, las Ponencias de Valores, afecte a un interés de la entidad recurrente que suponga una relación material entre ella y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso la produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio, lo cual ni siquiera se plantea por la parte recurrente que se limita a invocar intereses colectivos ..... 461
- \* *STS de 29 de abril de 2016 (Social) (RJ 2016, 2122)*  
Sociedad Laboral. Reconocimiento del derecho a pensión de jubilación anticipada de socio administrador de sociedad laboral limitada constituida con su esposa e hija, ya que además del cargo de administrador el actor mantiene durante el intervalo en liza una prestación laboral de servicios -como graduado social..... 424
- \* *ATS de 4 de mayo (Civil) (JUR 2016, 104638)*  
Asociaciones. Prescripción de acción de responsabilidad civil contra presidenta de la asociación por daños causados por incumplimiento de condena impuesta a la asociación. La LO 1/2002, de 22 de marzo, no contiene ninguna disposición que señale el plazo de prescripción de la acción contemplada en el artículo 15.3 por lo que de acuerdo con el artículo 1968 del Código Civil el plazo de prescripción será de 15 años..... 464

\* STS de 18 de mayo de 2016 (Civil) (JUR\2016\117487)

Asociaciones. La impugnación del acuerdo que sanciona con la expulsión de la asociación, por inobservancia de las normas internas que regulan las causas y los procedimientos disciplinarios (falta de previsión estatutaria de los hechos sancionados e inobservancia de los trámites estatutarios), está sometida al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el art. 40.3 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación..... 465

\* ATS de 7 de junio de 2016 (Social) (JUR 2016, 145501)

Cooperativas. Determinación de la profesión habitual de un socio cooperativista, a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente total: cuando se es cooperativista, lo que implica que puede desempeñar diversas actividades, a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total debe estarse a una determinada profesión ..... 419

\* STS de 15 de junio de 2016 (Civil) (JUR 2016, 138734)

Extinción de una Fundación por imposibilidad de realizar el fin fundacional. Doctrina jurisprudencial. No cabe identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Y dicha imposibilidad existirá sin duda cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio. Pero, eso sentado, no encuentra esta Sala posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del artículo 31.c) de la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones..... 471