

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

1 ENERO 2018 – 30 JUNIO 2018

Jesús Olavarría Iglesia

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

** Índice sistemático*

I. Cooperativas

II. Fundaciones

** Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO*

I. COOPERATIVAS

COOPERATIVAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

* STS núm. 1052/2018 de 19 de junio de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 3718)

Defensa de la competencia: práctica concertada de boicot a empresa de transporte que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios 412

COOPERATIVAS: EXPULSIÓN DE SOCIOS

* ATS de 26 de junio de 2018 (Social) (JUR 2018, 191177)

Expulsión de socio trabajador de cooperativa declarada ajustada a derecho. Manifestaciones no amparadas en el derecho a la libertad de expresión 419

* STS núm. 433/2018 de 24 de abril de 2018 (Social) (RJ 2018, 2006)

Despido-expulsión de socio de cooperativa de trabajo asociado. Formulada reclamación interna ante los órganos rectores frente a su expulsión, la presentación de la papeleta de conciliación previa no suspende el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria, al ser la conciliación previa innecesaria 388

COOPERATIVAS: RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO RECTOR

* STS de 24 de enero de 2018 (Civil) (JUR 2018, 31654)

Responsabilidad del Presidente de Consejo Rector. Acción por daños: sociedad cooperativa que, ante la insuficiencia de los bienes para atender a todos sus acreedores, en lugar de proceder a la ordenada disolución de la sociedad y solicitar el concurso de ser necesario, procedió de manera irregular sin que se respetasen los criterios legales sobre procedencia entre acreedores y reparto igualitario de los bienes en función del importe de las deudas. Comportamiento del Consejo Rector y del demandado, en su condición de Presidente del mismo, que ha de calificarse como no ajustado al exigible a un buen y ordenado comerciante y debe considerarse como causa eficiente de que la entidad demandante no haya cobrado en todo o en parte su deuda..... 385

* 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.

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

* STS núm. 433/2018 de 24 de abril de 2018 (Social) (RJ 2018, 2006)

Despido-expulsión de socio de cooperativa de trabajo asociad. Formulada reclamación interna ante los órganos rectores frente a su expulsión, la presentación de la papeleta de conciliación previa no suspende el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria, al ser la conciliación previa innecesaria 388

* STS núm. 549/2018 de 18 mayo de 2018 de (Social) (RJ 2018, 2747)

Calificación como relación laboral de la prestación de servicios de transporte a través de la participación en una cooperativa de trabajo asociado, que carece de cualquier infraestructura propia y que se limita a ser la titular de la tarjeta de transporte y a formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, siendo esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos 396

II. FUNDACIONES

* STS num. 426/2018 de 16 marzo de 2018 (Cont.-Admvo.) (RJ 2018, 1291)

Procedimiento de transformación de caja de ahorros en fundación de carácter especial: inexistencia de infracción del Real Decreto-Ley 11/2010 de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Inexistencia de infracción de Ley 50/2002 de Fundaciones 423

I. COOPERATIVAS

* ATS de 24 de enero de 2018 (Civil) (JUR 2018, 31654)

Ponente: Francisco Marín Castán

Resumen: *Responsabilidad del Presidente de Consejo Rector. Acción por daños: sociedad cooperativa que, ante la insuficiencia de los bienes para atender a todos sus acreedores, en lugar de proceder a la ordenada disolución de la sociedad y solicitar el concurso de ser necesario, procedió de manera irregular sin que se respetasen los criterios legales sobre procedencia entre acreedores y reparto igualitario de los bienes en función del importe de las deudas. Comportamiento del Consejo Rector y del demandado, en su condición de Presidente del mismo, que ha de calificarse como no ajustado al exigible a un buen y ordenado comerciante y debe considerarse como causa eficiente de que la entidad demandante no haya cobrado en todo o en parte su deuda. Inadmisión de recurso de casación.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, Ferrexpor, S.L. (...) [E]jercita (...) acción por deudas societarias contra el Presidente del Consejo Rector de la cooperativa deudora por incumplimiento de sus obligaciones. Y de forma subsidiaria se ejercita acción por daños contra el mentado Presidente del Consejo Rector de la cooperativa deudora. En esta última se basa en la imposibilidad de cobrar la deuda a la sociedad como consecuencia de una conducta negligente en la administración de la misma como acredita que no se llevaran las cuentas anuales, lo que conlleva una falta de control sobre el endeudamiento de la sociedad y el que no se procediera ordenadamente a su disolución una vez comprobada su insolvencia.

La parte demandada se opuso a la demanda indicando que la insuficiencia patrimonial que determinó que algunos de los créditos quedaran sin pagar fue imputable a una causa de fuerza mayor como es el robo que sufrió en sus instalaciones de buena parte de sus enseres y el que la indemnización que recibió la aseguradora fuera considerablemente menor que el valor de esos bienes.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, condenando a la demandada a que abone a la demandante la cantidad de 38.822,68 euros. Más en concreto dicha resolución estima la primera de las acciones, esto es, la acción por deudas societarias, añadiendo como argumento de refuerzo respecto de la acción ejercitaba subsidiariamente, a saber, la acción por daños, que procedería su desestimación en tanto que no ha quedado acreditada la relación causa efecto entre el impago de la deuda y la no presentación de las cuentas anuales.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, fecha 16 de julio de 2015, la cual estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar la cantidad a la que se condena a la parte demandada en 33.346,50 euros.

Más en concreto la sentencia de la Audiencia Provincial que ahora es objeto de recurso desestima la primera de las acciones ejercitadas, esto es, la acción por deudas societarias por entender que no es exigible este tipo de responsabilidad al demandado. A continuación, y entrando en la acción por daños, señala que la sociedad desapareció tras liquidar los únicos activos que tenía una nave industrial y una indemnización obtenida de la aseguradora Mapfre por el robo de material propiedad de la misma. La sociedad cooperativa en lugar de proceder a la ordenada disolución de la sociedad y solicitar el concurso de ser necesario ante la insuficiencia de los bienes para atender a todos su acreedores, procedió de manera irregular, sin que conste que se respetasen los criterios legales sobre procedencia entre acreedores y reparto igualitario de los bienes en función del importe de las deudas. Y el resultado de todo ello es que algunos acreedores, sin saber con arreglo a que criterio, han cobrado en todo o en parte su deuda mientras que la hoy demandante no ha podido cobrar ni total ni parcialmente su crédito. Este comportamiento del Consejo Rector y del demandado, en su condición de Presidente del mismo ha de calificarse como no ajustado al exigible a un buen y ordenado comerciante y debe considerarse como causa eficiente de que la entidad demandante no haya cobrado en todo o en parte su deuda. De haberse procedido a la disolución ordenada de la sociedad, y en caso de insuficiencia de bienes, a la declaración de concurso, puede afirmarse con una razonable seguridad que la hoy demandante habría cobrado al menos parte de su crédito, rechazando que los créditos quedaran sin pagar por causa de fuerza mayor.

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC .

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación se compone de un único motivo en el que al amparo del art. 477.2.3º LEC se alega la infracción por inaplicación del art. 1105 CC y la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 7 de abril de 1965, 18 de noviembre de 1980 y 2 de octubre de 1984 que establecen que salvo exclusión legal, nadie responderá de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, como sucedió en el presente caso ante el evento de un robo que impidió finalizar con éxito las operaciones de liquidación extrajudicial de las deudas de la cooperativa.

En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina antes citada toda vez que ante la existencia de un robo y dado que la indemnización solo alcanzó a cubrir parte del valor de lo sustraído no debe establecerse la existencia de responsabilidad a cargo de los miembros del consejo rector de la cooperativa, pues tal suceso imprevisible e inevitable impidió que se liquidaran extrajudicialmente las deudas con todos los acreedores. Indica que la sentencia recurrida infringe por inaplicación la doctrina señalada como fundamento del interés casacional ya que si no se hubiera producido el robo se habría podido atender al crédito de la actora con el valor de las existencias que la Cooperativa, de manera que ante tal suceso que califica de fuerza mayor, imprevisible e inevitable no puede hacerse responsable.

TERCERO.- Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente, el recurso de casación no puede prosperar por incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento por las siguientes razones:

a) A lo largo del recurso la parte recurrente afirma que la falta de pago de la deuda contraída con la demandante no le resulta imputable ya que existió una situación de caso fortuito o fuerza mayor que le impidió satisfacer la totalidad de los créditos que la cooperativa tenía con los acreedores.

La sentencia recurrida, tras la valoración de la prueba, señala que la sociedad desapareció tras liquidar los únicos activos que tenía una nave industrial y una indemnización obtenida de la aseguradora Mapfre por el robo de material propiedad de la misma. La sociedad cooperativa en lugar de proceder a la ordenada disolución de la sociedad y solicitar el concurso de ser necesario ante la insuficiencia de los bienes para atender a todos su acreedores, procedió de manera irregular, sin que conste que se respetasen los criterios legales sobre procedencia entre acreedores y reparto igualitario de los bienes en función del importe de las deudas. Y el resultado de todo ello es que algunos acreedores, sin saber con arreglo a que criterio, han cobrado en todo o en parte su deuda mientras que la hoy demandante no ha podido cobrar ni total ni parcialmente su crédito. Este comportamiento del Consejo Rector y del demandado, en su condición de Presidente del mismo ha de calificarse como no ajustado al exigible a un buen y ordenado comerciante y debe considerarse como causa eficiente de que la entidad demandante no haya cobrado en todo o en parte su deuda. De haberse procedido a la disolución ordenada de la sociedad, y en caso de insuficiencia de bienes, a la declaración de concurso, puede afirmarse con una razonable seguridad que la hoy demandante habría cobrado al menos parte de su crédito, rechazando que los créditos quedaran sin pagar por causa de fuerza mayor.

En consecuencia la parte recurrente se limita a alterar la base fáctica de la sentencia, incurriendo en el defecto de petición de principio o hacer supuesto de la cuestión al formular su impugnación dando por sentado aquello que falta por demostrar. A tales

efectos se debe recordar que es doctrina constante de esta Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (...). Como consecuencia de lo cual, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida, lo que en el presente caso no hace el recurrente.

b) Esto determina la falta de acreditación del interés casacional representado por la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tanto que el mismo no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que no estamos sino ante una cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente, ante un interés casacional artificialmente incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación fáctica distinta de la apreciada por la resolución recurrida, resolución esta última que se ha limitado a aplicar la doctrina vigente de esta Sala en la materia en atención a los hechos declarados probados.

Añadir que esta Sala ya se ha pronunciado sobre un asunto exactamente igual al presente, en concreto el recurso de casación 872/2015, habiéndose dictado por esta Sala Auto de inadmisión de fecha 1 de marzo de 2017 en el mismo sentido que el presente.

CUARTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno».

* STS núm. 433/2018 de 24 de abril de 2018 (Social) (RJ 2018, 2006)

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Resumen: *Despido-expulsión de socio de cooperativa de trabajo asociad. Formulada reclamación interna ante los órganos rectores frente a su expulsión, la presentación de la papeleta de conciliación previa no suspende el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria, al ser la conciliación previa innecesaria.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Debemos determinar si la presentación de la papeleta de conciliación por parte de una socia trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado, después de haber reclamado en vía interna contra su expulsión, suspende el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria, concurriendo la circunstancia de que la cooperativa no acude al acto de conciliación.

1. Hechos relevantes.

A) La demandante venía prestando servicios en EROSKI HIPERMERCADOS SOCIEDAD COOPERATIVA como socia trabajadora. Desempeñaba tareas propias de la categoría de profesional punto de venta.

B) Con fecha 29 de noviembre de 2012, y previa tramitación de expediente disciplinario, el Consejo Rector de la cooperativa le comunica la expulsión por haber incurrido en incumplimientos constitutivos de falta muy grave de carácter laboral.

C) Disconforme con esa decisión formula reclamación ante el Consejo de Recursos de la propia Cooperativa, que la desestima y eleva a definitiva la medida adoptada, aplicada con efectos del 4 de febrero de 2013.

D) La trabajadora presenta papeleta de conciliación por despido, ante el CMAC el 19 de febrero de 2013, celebrándose el acto de conciliación sin efecto el día 13 del siguiente mes, interponiendo demanda el 21 de marzo de 2013.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Almería de 29 de enero de 2015 (proc. 430/2013), acoge la excepción de caducidad de la acción invocada por la Cooperativa.

Argumenta que entre la fecha de efectos del cese y la de presentación de la demanda transcurren más de 20 días y que la utilización de un trámite innecesario para el ejercicio de la acción de despido no suspende su cómputo.

B) Interpone la actora recurso de suplicación que es desestimado mediante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 28 de octubre de 2015 (rec. 2027/2015).

Funda su pronunciamiento en la doctrina sentada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 12 de abril de 2006 (rec. 2316/2005) y 15 de noviembre de 2005 (rec. 3717/2004).

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 2 de febrero de 2016 la representación procesal de la actora formaliza recurso de casación unificadora. Plantea como único punto de contradicción el referido a la suspensión del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido por el intento de conciliación ante el CMAC.

Sostiene que el hecho de que el intento de conciliación no sea preceptivo cuando se trata de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado no significa que si se agota carezca de virtualidad suspensiva, si bien en el desarrollo argumental del motivo señala que la exclusión de ese trámite previo no es clara y que la confusión apreciable no puede redundar en perjuicio de quien impetra la tutela judicial.

Selecciona de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2013 (R. 1612/2013).

B) Mediante escrito presentado en fecha 20 de diciembre de 2016, la representación letrada de la Cooperativa formula su oposición al recurso.

Cuestiona la existencia de contradicción con la sentencia del Tribunal Constitucional y las sentencias de suplicación invocadas en el escrito de preparación del recurso.

De forma subsidiaria entiende que la sentencia no incurrió en la infracción que se le achaca.

C) El 27 de febrero de 2017 emite su informe el Ministerio Fiscal.

Considera que concurre la contradicción respecto a la sentencia de contraste seleccionada por la parte actora y que el recurso debe admitirse.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

1. (...)

2. Examen de la sentencia referencial .

Como se ha indicado, para hacer valer la contradicción, la recurrente selecciona como término de comparación la STSJ Madrid de 15 de noviembre de 2013 (R. 1612/2013).

Desestima el recurso de la sociedad cooperativa demandada contra la sentencia dictada en la instancia que, acogiendo la demanda formulada por un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado, declaró la nulidad de su despido. En lo que se refiere a la cuestión aquí planteada los hechos sobre los que resuelve son los siguientes:

El Consejo Rector de la Cooperativa impone al actor la sanción de expulsión por la comisión de tres faltas muy graves y una grave.

Formula recurso ante la Asamblea General que lo desestima mediante acuerdo notificado el 7 de febrero de 2012.

Presenta papeleta de conciliación el 24 de febrero de 2012 y el 13 del siguiente mes se celebra el acto de conciliación que concluye sin efecto y el 26 de marzo interpone demanda de despido.

La sentencia dictada en la instancia, después de desestimar las excepciones de falta de jurisdicción y caducidad de la acción esgrimidas por la Cooperativa acoge la demanda y declara la nulidad del despido por lesivo de derechos fundamentales.

Basa el rechazo de la excepción de caducidad en la consideración de que conforme a lo previsto en la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid y en los Estatutos Sociales, el acuerdo de expulsión, una vez ratificado por el Comité de Recursos o la Asamblea General, puede ser impugnado en el plazo de dos meses desde su notificación, habiéndose presentado la demanda dentro de ese plazo.

La demandada formaliza recurso de suplicación y, entre otras cuestiones, suscita la atinente a la caducidad de la acción. Sostiene que el afectado debió formular reclamación ante la asamblea general, como efectivamente hizo, y que una vez desestimada la misma debió impugnar su expulsión en el plazo establecido para los trabajadores por cuenta ajena, sin que la presentación de la papeleta de conciliación sirva para suspender su cómputo.

La Sala de suplicación confirma el pronunciamiento del Juzgado de lo Social calificando la tesis recurrente de inaceptable al defender la aplicación del régimen laboral de la caducidad del despido en un extremo y del régimen cooperativo en otro cuando ambos se anudan a idéntica pretensión impugnativa de la decisión de la Asamblea General. Sentada esta premisa la sentencia razona que si se aplica el régimen cooperativo, la demanda es temporánea por los argumentos utilizados por la resolución la instancia, y que si como postula la Cooperativa se aplica el régimen laboral debe serlo con toda su extensión y con todas sus consecuencias legales, de manera que a la solicitud de conciliación aun no siendo necesaria según el régimen cooperativo, se le debe reconocer virtualidad suspensiva de la caducidad so pena de incurrir en incurrir en un espiguelo normativo.

3. Análisis de la contradicción.

Lo expuesto evidencia la existencia de contradicción en los términos que exige el art. 219 LRJS, tal y como el Ministerio Fiscal aprecia en su informe.

En cuanto a los hechos, en ambos casos se trata de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado expulsados por el Consejo Rector por haber incurrido en faltas muy graves de carácter laboral que, una vez impugnado el acuerdo en vía interna (ante el Comité de Recursos en un supuesto y ante la Asamblea General en otro), presentan papeleta de conciliación que se intenta sin efecto, seguida de posterior demanda.

También se advierte identidad en la pretensión deducida por los actores de que se reconozca virtualidad suspensiva del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de despido al trámite de conciliación administrativa. Cuestión que está presente en los dos debates de suplicación.

En lo que respecta a los fundamentos en ambos supuestos los debates giran alrededor de artículos 59.3, 65.1 y 103.1 de la LRJS. Carece de relevancia la divergencia con respecto a la legislación de cooperativas aplicable, que en el caso de la sentencia

recurrida es la estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio) y en la de contraste la autonómica de Madrid (Ley 4/1999, de 30 de marzo), pues ambas contienen el mismo régimen en lo que respecta a la impugnación en vía interna del acuerdo de expulsión del socio-trabajador (art. 82.3 y 22.4, respectivamente).

Pues bien, la sentencia referencial ante una secuencia fáctica sustancialmente similar a la ahora concurrente y ante una pretensión análoga, referida a la eficacia del intento de conciliación administrativa a efectos del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido, llega a una solución opuesta a la adoptada en la resolución impugnada.

Cumplidos los requisitos de los arts. 219 y 224 LRJS procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- Doctrina ordinaria y constitucional.

Tanto la sentencia impugnada cuanto el escrito de formalización del recurso de casación, la impugnación al mismo y el informe del Ministerio Fiscal basan sus respectivas posiciones en doctrina de esta Sala Cuarta y en la decisión adoptada por la STC 172/2007, de 23 de julio, lo que obliga a recapitular sobre el sentido y alcance de esa doctrina de la que en su caso se podrán extraer pautas válidas para la resolución del presunto recurso.

1. Doctrina originaria.

La doctrina tradicional de esta Sala, sentada en casación ordinaria y ratificada en casación unificadora interpretando la LPL, ha establecido que en los casos de expulsión de un socio trabajador de una Cooperativa de trabajo asociado, una vez agotada la vía interna ante los órganos rectores, no resulta preceptivo el intento de conciliación administrativa pues de ese trámite están excluidos los casos en que opera otra forma de agotamiento de la vía previa. Consecuencia de ello es que ese trámite no suspende el cómputo del plazo de ejercicio de la acción impugnatoria.

La doctrina unificada se plasma en la STS 15 noviembre 2005 (rec. 3717/2004), seguida por la STS 12 abril 2006 (rec. 2316/2005) en la que el demandante era socio trabajador de una cooperativa de consumo. En la primera consta probado que el acto de conciliación terminó sin avenencia mientras que en la segunda se dio por intentado sin efecto al no comparecer la Cooperativa. Ambas sentencias aplican la Ley 27/1999, de 16 de julio.

2. Interpretación constitucional.

La STC 172/2007 concede al amparo al socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado frente a la sentencia, confirmada en suplicación, que desestimó la demanda de despido al apreciar las excepciones de falta de reclamación previa y caducidad de la acción por haber sustituido la impugnación del cese ante el Comité de Recursos o la Asamblea General como exige el art. 108 de la Ley 5/1998, de 18 de

diciembre, de cooperativas de Galicia, por la presentación de la papeleta de conciliación que dio lugar a la celebración de acto de conciliación que resultó sin avenencia y en el que la cooperativa no realizó ninguna objeción sobre la inadecuación de ese trámite.

El TC considera que las resoluciones judiciales dictadas en el proceso han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción al resultar desproporcionado el acogimiento de las referidas excepciones sin haber ofrecido al recurrente en ningún momento la posibilidad de subsanar la ausencia de impugnación ante el órgano interno de la cooperativa pese a derivarse de las actuaciones que no existía pasividad en el cumplimiento de los requisitos previos al proceso ni resistencia a cumplir con la obligación extrajudicial del conflicto.

A tal efecto la sentencia tiene en cuenta, “por un lado, que la sociedad cooperativa se limitó a notificar al recurrente una carta que calificaba su despido como disciplinario, con cita del art. 54 LET, como si se tratase de una relación laboral ordinaria, omitiendo indicación alguna sobre las vías de recurso ante el órgano correspondiente de la cooperativa y, por otro, que en reacción a ello el recurrente posibilitó la consecución de un acuerdo extrajudicial presentando una papeleta de conciliación que dio lugar a un efectivo acto de conciliación que, si bien tuvo el resultado de sin avenencia, sin embargo, no lo fue porque la cooperativa hubiera considerado en aquel momento que era un trámite inadecuado”.

3. Doctrina actualizada.

Las SSTs 13 septiembre 2016 (rec. 1969/2015) y 15 septiembre 2016 (rec. 2175/2015), aún por la vía indirecta de otorgar trascendencia a ese dato normativo a efectos del juicio de contradicción, vienen a acomodar la doctrina en la materia, anteriormente resumida, a los cambios introducidos por la LRJS y en concreto a la nueva regla del art. 64.3 que contempla la posibilidad de sometimiento voluntario y de común acuerdo de las partes a la conciliación o mediación previa en procesos exceptuados de dicho requisito procesal.

El ajuste interpretativo deducible de las indicadas resoluciones consiste en reducir el alcance de la doctrina tradicional en el sentido de excluir aquellos supuestos en los que la cooperativa comparece voluntariamente al acto de conciliación administrativa pese a no ser preceptivo sin formular objeción alguna sobre la innecesariedad de tal trámite o la caducidad de la acción.

CUARTO.- Resolución.

1. Incidencia de la doctrina constitucional .

El hecho de que, en el caso ahora examinado, la Cooperativa no acudiera al acto de conciliación nos lleva a trasladar la doctrina que antes hemos recordado. Pese a

lo sostenido por la recurrente y el Ministerio Fiscal, la misma no está afectada o cuestionada por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional invocado.

En primer término, el supuesto que contempla difiere sustancialmente del actual. En el caso de la STC 172/2007 el socio trabajador sustituye la reclamación interna ante la cooperativa por la papeleta de conciliación. En ese escenario, la STC considera subsanable la falta de reclamación intracooperativa, doctrina que esta Sala aplicó en un supuesto similar conociendo de una acción de extinción del contrato del art. 50 ET en la que la cooperativa se personó también en el acto de conciliación (STS 29 mayo 2008, rec. 2592/2007).

Aquí, sin embargo, la demandante presenta papeleta de conciliación después de haber agotado la vía interna y lo que se dirime es si ese trámite suspende el plazo de caducidad de la acción. Las circunstancias son las mismas que las puestas de relieve por la STS 12 abril 2006 (rec. 2316/2005).

“No estamos aquí en presencia de un error en la utilización de una u otra vía previa - acto de conciliación o reclamación previa - en supuestos dudosos en los que, contra la regla general mantenida en STS 28-6-1999 (Rec.- 2269/98), de que cada una ha de ser utilizada cuando proceda esta Sala ha podido aceptar a los trabajadores la validez de la vía equivocada - por todas STS 6-10-2005 (Rec.- 4447/04) y las que en ella se citan. En el presente caso estamos ante una relación especial entre partes que se rige por unas normas especiales que procede cumplir en la medida en que han sido establecidas así por el legislador, e interpretadas de una determinada manera tradicionalmente por la doctrina de este Tribunal, con todo lo que ello supone de respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 de la Constitución“.

También son distintas las circunstancias concurrentes en lo que respecta al contenido del acuerdo de cese y a la conducta de la cooperativa, que en el presente caso no acudió al acto de conciliación, a diferencia de lo que sucede en el que decide el Tribunal Constitucional.

2. Validez de los argumentos acogidos por nuestra doctrina.

Respecto del tema de fondo, siguen siendo completamente válidos los argumentos desplegados en su día por las SSTS 15/11/2005 (R. 3717/2004) y STS 12/04/2006 (R. 2316/2005), bien que sus alusiones a la LPL hayan de trocarse por las referidas a la LRJS . De este modo:

“La Ley de Cooperativas vigente en la actualidad y también cuando se inició el presente procedimiento es la Ley 27/1999, de 16 de julio, y en ella, con relación a las cuestiones contenciosas que se produzcan con los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo asociado se establece, por una parte, que las cuestiones contenciosas que tengan relación con el trabajo del cooperativista “se resolverán aplicando con carácter preferente esta Ley, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válida-

mente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos”, añadiendo que “las citadas cuestiones se someterán a la jurisdicción del orden social de conformidad con lo previsto en el art. 2.º de la Ley de Procedimiento Laboral - apartado 1 del art. 87 -, y por otra, que “el planteamiento de cualquier demanda por parte de un socio en las cuestiones a que se refiere el anterior apartado 1 exigirá el agotamiento de la vía cooperativa previa, durante la cual quedará en suspenso el cómputo de plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de acciones o de afirmación de derechos”.

“Aun cuando (dicha disposición) no resuelve de manera indubitada la cuestión acerca de si es suficiente la vía previa cooperativa o por el contrario sería necesario acudir a la vía preprocesal prevista en los arts. 63 y sgs de la LPL, de los propios términos del texto legal parece desprenderse que sólo tiene previsto el agotamiento de la vía cooperativa previa y que “sólo” durante la duración de esa vía cooperativista quedará en suspenso el plazo para el ejercicio de aquellas acciones, pues si prevé que durante la tramitación de la vía cooperativa quedarán en suspenso los plazos de prescripción y caducidad, está eliminando la posibilidad de que esa suspensión se produzca por otras vías y por consiguiente por las establecidas en la LPL para la conciliación previa. Se trata de un criterio de interpretación lógico que, unido al hecho de que la propia Ley dispone la aplicación preferente de sus propias previsiones, y de que los precedentes históricos siguieron esta misma dirección, conducen a entender que la Ley ha querido limitar la suspensión de la acción contra la expulsión de un socio a la mera vía cooperativa de la reclamación previa ante la Asamblea General, excluyendo cualesquiera otras vías de suspensión. Se trata de una especialidad frente a las reglas que rigen el despido de los trabajadores por cuenta ajena que puede tener su razón de ser, y por ello ha de estimarse jurídicamente justificada, en el hecho de que, como esta Sala ha dicho también de forma reiterada y es obvio, el socio cooperativista no es un trabajador por cuenta ajena sino que su relación con la empresa para la que trabaja es esencialmente de carácter societario, por cuya razón las normas laborales sustantivas y procesales sólo le son de aplicación en la medida y alcance con el que estén expresa y específicamente contempladas en la normativa reguladora del régimen jurídico de la relación cooperativa.

A tales argumentos procede añadir que la previsión legislativa de que “solo” se suspenderán los plazos de caducidad por la actuación de la vía interna cooperativa, interpretada como se ha hecho en los párrafos anteriores es la que mejor se acomoda a la naturaleza jurídica de un plazo como el de caducidad que, como es de general y común conocimiento lleva en sí mismo implícita por razones de seguridad jurídica, la exigencia de que sólo se suspende en los casos específicamente establecidos por el legislador dada su condición de plazo preclusivo y efímero; y ello se compadece mal con la posibilidad de admitir una suspensión del mismo por las razones previstas en la Ley de Cooperativas, más una nueva suspensión añadida a la anterior basada en la Ley de Procedimiento Laboral.

3. Desestimación del recurso.

Repitamos que en el caso estudiado la cooperativa demandada no compareció al acto de conciliación, por lo que son los argumentos transcritos los que procede aplicar también aquí por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley.

Puesto que la buena doctrina, ajustada a la fijada por esta Sala IV del Tribunal Supremo, es la que se contiene en la sentencia impugnada, debemos confirmarla en sus propios términos y desestimar el recurso formulado por la actora».

* STS núm. 549/2018 de 18 mayo de 2018 de (Social) (RJ 2018, 2747)

Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Resumen: *Cooperativa de trabajo asociado. Calificación como relación laboral de la prestación de servicios de transporte a través de la participación en una cooperativa de trabajo asociado, que carece de cualquier infraestructura propia y que se limita a ser la titular de la tarjeta de transporte y a formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, siendo empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO,. 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora es la de determinar si la prestación de servicios de conducción de vehículos de transporte por carretera que desempeñaba el actor, se corresponde con un verdadero contrato de trabajo o se enmarca dentro de las previsiones del art. 1.3 letra g) ET, que excluye del ámbito laboral a las personas que realizan esa actividad al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y con vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo de disposición ostentan.

En un caso en el que el demandante es socio de una cooperativa de trabajo asociado que es la titular de las autorizaciones administrativas de transporte, que ha suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa dedicada a esa misma actividad y propietaria de los vehículos que a su vez alquila a la cooperativa y esta pone a disposición del actor.

2.- La sentencia del juzgado de lo social 2 de Elche de 25 de noviembre de 2015, autos 295/2015, declara que la relación jurídica en litigio es de naturaleza laboral, califica su extinción como despido improcedente, y condena solidariamente a la cooperativa en la que estaba integrado el actor y a la empresa de transportes codemandada.

Contra dicha resolución formula recurso de suplicación la cooperativa, que es estimado en sentencia de la Sala Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016, rec. 1602/2016, que revoca la de instancia y califica la relación jurídica en litigio como un vínculo de naturaleza civil excluido del ámbito del derecho laboral y con ello la incompetencia del orden social de la jurisdicción.

3.- Frente a esta sentencia interpone el demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que denuncia infracción del art. 1. 3 g) ET, para sostener que en la relación jurídica en la que se sustenta la prestación de servicios concurren las notas de ajenidad, dependencia y remuneración que conforme al art. 1.1 ET definen el contrato de trabajo, y no se trata en consecuencia de la situación excluida del derecho laboral a la que se refiere el precepto legal cuya infracción se denuncia, aun cuando formalmente ostente la condición de socio de una cooperativa de trabajo asociado.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Navarra de 5 de junio de 2015, rec. 532/2014 .

4.- La recurrida niega en su escrito de impugnación la existencia de contradicción, y sostiene que el demandante se encuentra comprendido en el supuesto de exclusión de la relación laboral del art. 1.3 g) ET, porque en su condición de socio de la cooperativa de trabajo asociado ostenta la titularidad de la tarjeta de transportes y el poder directo de disposición sobre el vehículo que utiliza.

El Ministerio Fiscal en su informe sostiene que concurre el presupuesto de contradicción y defiende que la situación jurídica del actor se corresponde con una verdadera relación laboral sometida al ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

SEGUNDO.- 1.- Deberemos resolver en primer lugar si hay contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste, en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

(...)

2.- Los hechos probados de la sentencia de instancia ya se han incorporado a los antecedentes, pero en este punto debemos hacer una importante consideración.

La sala de suplicación no comparte la decisión a la que llega el juez de lo social respecto a la verdadera realidad económica de la actividad de la cooperativa code mandada. Por ese motivo concluye lo contrario y revoca la sentencia.

Pero tal resultado se alcanza sin introducir modificaciones en el relato de hechos probados, ni cuestionar tampoco ninguno de los datos que refiere la sentencia de instancia.

Únicamente se razona que la sentencia no debería de haber entrado en cuestionar la realidad de la cooperativa porque nada se dice en la demanda sobre una posible

ficción de su existencia como cooperativa interpuesta, y solo se discute la naturaleza jurídica de la relación que vincula al actor con las demandadas.

En este punto no podemos dejar de señalar que si la demanda niega la existencia de una verdadera relación laboral y los demandados alegan la incompetencia del orden social de la jurisdicción por sostener que no se trata de un contrato de trabajo, el órgano judicial dispone de libertad para analizar todas las circunstancias concurrentes a la hora de decidir sobre una cuestión que es de naturaleza indisponible y orden público procesal por afectar a la propia competencia del orden social de la jurisdicción, tal y como expresamente admite la propia cooperativa en su escrito de impugnación del recurso de casación.

Por consiguiente, lo que hace en realidad la sentencia recurrida es una distinta valoración de las consecuencias jurídicas a las que deben conducir, a su juicio, los elementos de hecho a los que se acoge la resolución del juzgado.

Deberemos estar en consecuencia a los inmodificados datos que recoge la sentencia de instancia para destilar las circunstancias fácticas que han de ser tenidas en cuenta para analizar la concurrencia del requisito de contradicción, y a la decisión de la sentencia recurrida para identificar la doctrina sentada por la misma y su eventual divergencia con la de la sentencia de contraste.

3.- A estos efectos, de los hechos que refleja la sentencia recurrida debemos destacar como relevantes para el análisis de la contradicción los que siguen: 1º) el actor se integró como socio cooperativista en la cooperativa de trabajo asociado de transporte Globaltrans S.Coop, en fecha 1-10-13, dándose de alta en el RETA. No es titular de tarjeta de transporte, ni dispone tampoco de ningún vehículo comercial para el desempeño de esa actividad; 2º) la cooperativa es la titular de la tarjeta de transporte que puso a su disposición, y le facilitó igualmente un vehículo que es propiedad del GRUPO LINSER LOGISTICS & TRADE S.L., LINSER LOGISTICS S.A.U., LINSER BOX S.L.U., LINSER TRUCK S.L.U., LINSER FOODS, S.L.U y LINSER LOG, S.A (en adelante LINSER), grupo empresarial que se dedica al actividad de transporte de mercancías y con la que la cooperativa firmó un contrato de arrendamiento de vehículos sin conductor; 3º) inmediatamente antes de 1-2-2014, se le indicó al actor a través del jefe de tráfico de LINSER que se pusiere en contacto con la cooperativa UNIDRIVER S. COOP, y en fecha 31-1-2014 causa baja en la cooperativa Globaltrans, para ser alta como socio colaborador en UNIDRIVER en fecha 1- 2-2014; 4º) el actor no dispone de tarjeta de transporte y utiliza la que pone a su disposición UNIDRIVER que es la titular de la misma; 5º) el camión que utiliza es propiedad de LINSER que lo alquila a UNIDRIVER por el precio de 2.000 euros mensuales, de lo que se descuentan los gastos por peajes, gasoil, teléfono, asistencia en carretera que serían de cuenta de UNIDRIVER, asumiendo LINSER las facturas

y cargos generados desde el inicio del alquiler y hasta la devolución del vehículo; 6º) LINSER y UNIDRIVER formalizaron el 1-2-2014 un contrato de arrendamiento de servicios cuyo objeto era la realización por parte de UNIDRIVER de los servicios de transporte de mercancías para los clientes que LINSER determine en cada caso; 7º) se pacta un precio de 0,70 euros por km realizado en la península ibérica y 0,75 euros por km en internacional, más el IVA. UNIDRIVER abona al actor el importe resultante de deducir del total facturado los gastos realizados, el IVA, la cuota de autónomos y la cuota mensual a pagar a la cooperativa de 200 euros; 8º) al tacógrafo del camión tenían acceso el propio actor y la empresa LINSER, que facilitó al actor un teléfono y tarjetas para el pago de los consumos del camión y peajes, y a la que el demandante podía solicitar adelantos de sus retribuciones

UNIDRIVER es una cooperativa de trabajo asociado constituida el 8-3-2012 por tres socios fundadores; su capital social se fijó en 3.006 euros y su objeto es el servicio público de transportes de mercancías por cualquier medio; su ámbito territorial el País Vasco a cuyo Ley de Cooperativas se acoge.

A fecha 10-7-2015, está integrada por 3 socios promotores que aportaron un capital de 3.002 euros y no tienen que abonar ninguna cantidad adicional posteriormente; 2 socios capitalistas; y ha llegado a tener un total de 147 socios colaboradores, de los que han sido baja 32 y quedan en aquel momento 115, que aportaron cada uno de ellos 1.002 euros en el momento de causar alta en la cooperativa y 200 euros mensuales como cuota.

No constan datos sobre la actividad económica que pudiese desempeñar la cooperativa, ni sobre la forma de reparto de sus beneficios o distribución de gastos; tampoco de los servicios que eventualmente preste en favor de los socios; ni siquiera de la celebración de las correspondientes asambleas generales.

4.- En el supuesto de la sentencia referencial los hechos trascendentes son los siguientes: 1º) la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso demanda de oficio para que se declarase que es de naturaleza laboral la relación jurídica que vincula a la empresa Servicios Logísticos Globales Transimaz SL (en adelante Transimaz) con los 70 trabajadores afectados; 2º) Transimaz es una empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera y los 70 trabajadores son o han sido socios de alguna o de varias de las cooperativas de trabajo asociado de transporte Tres Servicios Logísticos. S.Coop Valenciana o Transzaragoza S. Coop.; 3º) utilizaban vehículos comerciales propiedad de Transimaz que los alquilaba a las cooperativas, a cambio de un precio de entre 1.100 y 2.100 euros mensuales, siendo de cuenta de la propiedad su conservación y mantenimiento. 4º) es esta empresa la que se ponía directamente en contacto con los propios conductores para encomendarles los servicios que debían realizar y gestionaba todas las incidencias que pudiesen acontecer con los vehículos; 5º)

Transimaz abonaba a las cooperativas los transportes realizados en función de un determinado precio por kilómetro recorrido, y la cooperativa liquidaba con los conductores las cantidades correspondientes con la deducción de los gastos; 6º) ninguno de los conductores era titular de las tarjetas de transporte que estaban todas ellas expedidas a nombre de las cooperativas; 7º) Tres Servicios Logísticos. S.Coop Valenciana, fue constituida el 12 de junio de 2009 por tres socios promotores; su objeto social es la ejecución de operaciones de transporte por vía terrestre; su domicilio se corresponde con el de la mercantil Multioffices Center SL dedicada al arrendamiento de servicios empresariales, con la que la cooperativa suscribe un contrato de arrendamiento de servicios el mismo día de su constitución, que consiste en el uso de despacho y recepción de correos. No consta que la cooperativa haya usado nunca el despacho; 8º) paralelamente, contrató con la asesoría Grupo Geciser SL servicios de gestión administrativa, tales como preparación de contratos de arrendamientos de vehículos y de contratos de arrendamientos de servicios de transporte, altas y bajas de socios, facturación contabilidad, declaraciones fiscales, etc. El objeto social de Grupo Geciser SL es el desarrollo de servicios complementarios al sector del transporte. El administrador solidario de la referida asesoría es a su vez apoderado de la cooperativa. En su nombre firma los contratos antes aludidos y demás documentación. Grupo Geciser SL, además, realizaba la gestión administrativa de los socios de la cooperativa (perjudicados en el presente procedimiento), tales como emisión de facturas, presentación de altas y bajas en el RETA, declaraciones fiscales en la agencia Tributaria. El domicilio de muchos de los afectados que obra en su documentación se corresponde con el de la asesoría Grupo Geciser SL; 9º) El domicilio que consta de Transzaragoza Soc Coop es también el de la asesoría Grupo Geciser SL; 10º) la forma de “entrar” en la cooperativa fue a través de SLG Transimaz. A tal efecto, al solicitar trabajo se les indicaba que debían ser autónomos haciéndose socios de la cooperativa. La mayoría de ellos firmaron la documentación de ingreso en la cooperativa en las instalaciones de SLG Transimaz. Cuando se producían incidencias en ruta (averías, precintado de vehículo por multas, etc), los socios de la cooperativa/conductores telefoneaban a SLG Transimaz, siendo ésta la que gestionaba la solución de la misma. Los gastos y facturas de tales incidencias (reparaciones, multas, etc) se cargaban a SLG Transimaz y ésta, posteriormente, a la cooperativa para, inmediatamente, ésta última girar factura al socio.

TERCERO.- 1. - Siendo así los hechos de uno y otro asunto, la sentencia recurrida concluye que la relación jurídica que vincula al conductor demandante con la cooperativa y la empresa de transportes codemandadas es de naturaleza mercantil, porque se encuentra comprendida dentro de las previsiones del art. 1. 3 g) ET, en tanto que el actor prestaba servicios en calidad de socio colaborador de una cooperativa de

trabajo asociado que era la titular de la tarjeta de transporte, y de igual manera en tal condición tenía el poder de disposición sobre el vehículo que la cooperativa alquilaba a la empresa de transportes propietaria del mismo y ponía a su disposición.

La sentencia referencial sin embargo concluye que esa forma de operar evidencia que se trata de una relación laboral que no puede considerarse excluida del derecho del trabajo en razón de lo dispuesto en el art. 1. 3 g) ET, en cuanto se demuestra la existencia de un entramado societario mediante el que la empresa de transportes titular del vehículo lo arrienda a la cooperativa que es titular de las tarjetas de transportes, que pone ambos elementos a disposición de los conductores que realizan los servicios de transportes por cuenta de aquella empresa.

2.- Como no puede ser de otra forma, puesto que es imposible una total coincidencia, los hechos probados de uno y otro asunto ponen el acento en las específicas circunstancias concurrentes y recogen los elementos y datos particulares que se dan en cada uno de ellos.

Por esta razón es fácil encontrar diferencias en la situación que se produce en cada caso, pero son todas ellas de carácter absolutamente secundario y no afectan en lo más mínimo al núcleo de la contradicción, que en ambos asuntos reside en decidir si la prestación de servicios que realizan los conductores se corresponde con la situación que contempla el art. 1. 3 g) ET, de lo que dependerá la calificación como laboral o mercantil de la relación jurídica que les vincula con las demandadas.

En este particular, porque así lo dispone dicho precepto legal, los dos elementos esenciales para valorar la verdadera naturaleza jurídica de esa relación no son otros que los relativos a la titularidad de la autorización administrativa de transporte y a la propiedad o poder directo de disposición sobre el vehículo.

Esos dos factores son los determinantes en la calificación que haya de darse a la relación jurídica en litigio y los pilares sobre los que descansa el art. 1.3 g) ET .

Y en este punto hay plena coincidencia en ambos supuestos.

En los dos casos se trata de conductores de vehículos comerciales de transporte por carretera que no son titulares de la tarjeta de transporte a título individual, sino que son socios de una cooperativa de trabajo asociado de transporte a cuyo nombre están expedidas esas autorizaciones administrativas.

Igualmente, es la cooperativa la que suscribe un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del sector del transporte, que es a su vez la propietaria de los camiones que alquila a la cooperativa y que utilizan los conductores que están obligados a realizar los servicios que la empresa les ordena para atender a sus clientes. En ese contrato se establece el precio por kilómetro a pagar por la empresa a la cooperativa sin ninguna intervención de los demandantes.

Las cooperativas no disponen de clientes propios a cuyos encargos atiendan los conductores, sino que el trabajo es en exclusiva para la empresa de transporte que es la que fija al conductor los servicios oportunos para atender a sus clientes y retribuye conforme a lo pactado con la cooperativa.

La fórmula de pago de la contraprestación que la empresa abona a la cooperativa es idéntica en ambos casos, en función de un determinado precio por kilómetro recorrido; de la misma forma que el sistema mediante el que la cooperativa reembolsa a la empresa el pago del alquiler de los vehículos y de los gastos asociados, para liquidar posteriormente con los conductores tras las deducciones oportunas. Sin que en ninguno de ambos casos se contemple un mecanismo que de alguna manera contemple la reversión de la titularidad o disponibilidad del vehículo en favor del conductor a título individual.

La vinculación entre la empresa de transporte propietaria de los camiones y la cooperativa es idéntica en ambas situaciones, hasta el punto que es aquella la que indica a los conductores que deben causar alta como socios en la cooperativa a las que los remite.

Más allá de algunos aspectos distintos de carácter secundario y de nula relevancia a estos efectos que aparecen en los hechos probados de cada una de las sentencias en comparación, hay plena coincidencia en los elementos esenciales de hecho y de derecho sobre los que descansa la calificación jurídica que merezca la situación que en uno y otro asunto de plantea.

Cuestión que en realidad no es otra que la de decidir si está amparada por lo dispuesto en el art. 1. 3 g) ET esa fórmula de realización de servicios de transportes comerciales por carretera, a través de contratos de arrendamientos de servicios concertados entre empresas de transporte que son propietarias de los vehículos que alquilan a cooperativas de trabajo asociado titulares de autorizaciones administrativas de transportes, y que son finalmente prestados por conductores que ostentan la condición de socios de dichas cooperativas.

3.- A lo que deberemos añadir que estamos ante una materia que afecta a la propia competencia del orden social de la jurisdicción, en la que los criterios de contradicción deben aplicarse con la necesaria flexibilidad que permita cumplir adecuadamente con lo que es la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina “ ya que, ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los

conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando” (STS 24-1-2018, rcud. 3595/2015).

Las sentencias en comparación han aplicado en este extremo una divergente doctrina que es preciso unificar.

CUARTO.- 1.- El punto de partida para encontrar la respuesta a esa cuestión no puede ser otro que la dicción literal del art. 1. 3 b) ET, en cuanto dispone que “se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”.

La adecuada comprensión del alcance de este precepto exige una breve referencia histórica a la situación que dio lugar a la introducción de esta norma, que no se encontraba en la redacción original del ET y que fue añadida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, cuya singularidad reside en la expresa mención que hace a la concreta actividad del transporte para excluirla específicamente del ámbito del derecho del trabajo, a pesar de que su primer párrafo ya contiene una previsión en la que dispone la exclusión “En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1”, que es por lo tanto aplicable a cualquier tipo de actividad.

2.- En la aplicación de la normativa laboral anterior a la promulgación del ET, el Tribunal Supremo vino manteniendo el criterio de excluir del ámbito laboral la actividad consistente en la prestación de servicios de transportes cuando el vehículo utilizado era propiedad del mismo conductor, por entender que se estaba en presencia de un contrato de transporte sometido a la legislación civil al haberse configurado de esta forma “una relación jurídica distinta a la que surge cuando concurren todos los requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley de Contrato de Trabajo, con la consecuencia que de ello se deriva, ya declarada por esta sala en numerosas sentencias, entre otras, en la de 18 de noviembre de 1976, las en ella citadas, y en la de 15 de marzo de 1977 la de que al no haberse celebrado un contrato de trabajo, sino otro de naturaleza jurídica distinta, regido por las normas del Código Civil “ (STS 27-6-1980, nº 1060/1980).

Tras la entrada en vigor del texto estatutario se mantuvo inicialmente ese mismo criterio (SSTS de 22 de octubre de 1983 ; 20 de septiembre de 1984 ; 29 de octubre de 1985 y 26 de febrero de 1986), que se fue progresivamente modificando en un función, esencialmente, del mayor o menor valor económico del vehículo del que era propietario el prestador del servicio.

Como pone de manifiesto en este extremo la STS de 26/2/1986, la exclusión del ámbito del derecho del trabajo se sustentaba en la apreciación “como elemento fundamental del contrato, de la aportación no personal de quien presta el servicio, que trata mediante el mismo de obtener un rendimiento a una importante inversión económica, generalmente un camión de transporte o reparto”, tras lo que esa misma sentencia sigue diciendo que ese criterio no puede ser el mismo, cuando “el medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica”.

Dicho de otra forma, se asentó definitivamente el criterio de calificar la relación jurídica como laboral cuando la aportación de la mano de obra era el elemento determinante de la contratación respecto al valor económico del vehículo del que era propietario el conductor, mientras que se mantuvo la calificación del contrato como mercantil cuando la relevancia económica del vehículo era especialmente trascendente y superior en valor a la mera aportación personal de mano de obra.

En ese contexto y para deslindar una y otra tipología de contrato, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, impone los criterios objetivos que aparecen reflejados en el texto actual de la norma

3.- La STS 28/03/2011, rcud.40/2010, lo explica perfectamente cuando señala que con anterioridad a la publicación de esa ley, el contrato de transporte “con vehículo propio, con reparto personal de la mercancía y siguiendo instrucciones de una empresa, se había venido considerando por la jurisprudencia integrante de contrato de trabajo, porque mediaban las notas configuradoras del contrato de trabajo, extraídas por doctrina y jurisprudencia de la definición llevada a cabo por el art. 1.1 ET [prestación personal de servicios, dependencia, ajenidad y retribución], sin que tal cualidad se viese comprometida por la aportación del vehículo [cuando la misma carecía de relevancia económica para desvirtuar la naturaleza del vínculo]”.

Se adentra luego la sentencia en el análisis de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, con la que se avaló la constitucionalidad de la norma, y en la que se identifican los criterios que justifican una regla tan específica para excluir del ámbito del derecho del trabajo una determinada actividad económica, con la imposición automática de unos criterios objetivos que eliminan cualquier otro margen de valoración de la eventual concurrencia de los elementos generales que caracterizan la existencia de una relación laboral conforme al art. 1. 1 ET.

Destaca esa sentencia, que con la objetiva imposición de tales elementos se evidencia que la realidad jurídica configurada por el precepto “es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera”, en

lo que desde la perspectiva constitucional puede “afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio”.

Con esta base, la STS 28/03/2011, concluye que el “criterio de la autorización administrativa exigido a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado”.

Aquí está la clave en la que se sustenta la exclusión del ámbito laboral de una actividad que en definitiva se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo, y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 ET.

Y esa clave no es otra que la importancia económica que en sí misma tiene la conjunta concurrencia de esos dos requisitos objetivos a los que se refiere el art. 1. 3. g) ET, la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder de disposición sobre el vehículo, como elementos que en su conjunto configuran una unidad productiva con valor económico suficiente para ser considerada una infraestructura con relevancia bastante para atribuir a su titular la condición de empresario autónomo y trabajador por cuenta propia excluido del derecho laboral.

La mejor prueba de ello, es que debe seguir calificándose como laboral la prestación de servicios de esa misma actividad de transporte, que se realizan en idénticas condiciones de dependencia organizativa y titularidad del medio de transporte, pero con vehículos que no requieren por su tonelaje inferior a 2 TM la autorización administrativa o tarjeta de transporte, como pone de manifiesto esa misma STS 23/11/2011, citando las de 28/3/2011 23/11/98 -rcud 923/98 -; 19/12/05 -rec. 5381/04 -; 18/10/06 -rcud 3939/05 -; 22/01/08 -rcud 626/07 -; y 30/04/09 -rcud 1701/08.

En estos casos y aunque el prestatario del servicio sea el titular del vehículo, su menor valor económico por la inferior capacidad de carga, a lo que va asociado que no sea exigible la tarjeta de transporte, determinaría la existencia de una relación laboral si concurren las notas de dependencia y ajenidad del art. 1.1 ET.

QUINTO.- 1.- Conforme a lo antedicho, estamos ya en condiciones de abordar la cuestión de decidir la verdadera calificación jurídica que merece el desempeño de la actividad de transporte, cuando es prestada bajo el paraguas de una cooperativa de trabajo asociado.

2.- La solución sobre la que debe pivotar la respuesta a esa cuestión encuentra un límite insalvable en la propia redacción del art. 1. 3 g) ET, y en su interpretación de

acuerdo con los criterios que hemos enunciado, de tal forma que la singularidad, complejidad e indeterminación en muchos aspectos del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado no puede servir de cobertura puramente formar para burlar en fraude de ley la norma legal, con la finalidad de eludir las previsiones con las que se ha querido evitar la reiterada utilización de la figura del falso autónomo en el ámbito del transporte de mercancías por carretera como mecanismo de huida del derecho del trabajador, que en su devenir histórico ha motivado las reformas legales a las que hemos hecho alusión, justamente para reconducir la situación a los términos en los que el legislador ha querido restringirla.

Ya hemos visto que el art. 1. 3 g) ET exige que el prestador de servicios sea un verdadero empresario autónomo, en su condición de titular de la infraestructura empresarial conformada por la autorización administrativa y la propiedad o poder de disposición del vehículo, en atención al relevante valor económico en sí mismo considerado que ambos elementos conjuntamente representan.

Estas exigencias deben aplicarse igualmente cuando la actividad se presta a través de la participación en una cooperativa, en su lógica adaptación a las peculiaridades que conlleva el singular régimen jurídico de ejercicio de cualquier actividad económica cooperativizada, pero sin que en ningún caso pueda admitirse que la fraudulenta utilización de las normas legales que permiten la creación de cooperativas sea utilizada como un mero subterfugio para la formalización aparente de este tipo de entidades carentes de cualquier actividad económica propia, y simplemente constituidas para poner a disposición de empresas del sector del transporte la mano de obra que supone la prestación de servicios de conducción.

La creación, constitución y funcionamiento de las cooperativas, en cualquiera de sus modalidades - y particularmente las de trabajo asociado-, no puede quedar sustraída a la aplicación del reiterado criterio que viene avalando esta Sala al analizar situaciones en las que está en discusión el uso fraudulento de la forma societaria bajo cualquiera de las distintas fórmulas en las que se presenta en el derecho del trabajo.

Debe aplicarse en estos casos la doctrina del “levantamiento del velo”, para discernir la posible existencia de una actuación fraudulenta con la que se busca perjudicar los derechos de los trabajadores con la utilización en fraude de ley de cualquiera de las distintas formas societarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, creando entidades ficticias carentes de cualquier actividad económica real y que por ello vulneran las reglas que permiten su constitución.

Como hemos afirmado en materia de grupo de empresas, no cabe admitir el “fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de «pantalla»

para aquélla” (SSTS 10-11-2017, rec. 3049/2015 ; 31-10-2017, nº 850/2017, rec. 115/2017, entre otras muchas); en el mismo sentido la STS 20-6-2017, nº 527/2017, rec. 15/2017 en un supuesto de utilización fraudulenta del fenómeno societario mediante la constitución de una sociedad civil particular; o la STS 29/1/2014, rec.121/2013, al analizar la responsabilidad de los socios en un caso de grupo de empresa en la que se aplica igualmente la doctrina del levantamiento del velo “que nos permite ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores”.

3.- Bajo esa misma doctrina deberá juzgarse la actuación de cualquier operador económico cuya intervención tenga incidencia en el ámbito del derecho del trabajo, de lo que no pueden quedar excluidas las cooperativas de trabajo asociado.

Así hemos tenido ocasión de hacerlo en la STS 17/12/2001, pero expresamente destacamos en sentido contrario, que “Ello no excluye la posibilidad de que pueda existir una situación de ilegalidad, si la norma se utiliza con ánimo de defraudar, pero el enjuiciamiento de estas situaciones exigirá una acreditación rigurosa de la existencia de tal actuación en fraude de Ley, lo que ocurrirá cuando la relación entre la arrendataria y los trabajadores de la cooperativa puedan subsumirse en las previsiones del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores”, para reiterar luego en el mismo sentido: “Cierto es que, con matices diferenciales en esos elementos de hecho, podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio. Pero tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios y, en el supuesto que hoy resolvemos, no existen datos que lleven a semejante conclusión”.

Dejamos de esta forma abierta la posibilidad de que pueda alcanzarse un resultado distinto, si las circunstancias concurrentes en la actuación de la cooperativa de trabajo asociado evidencian lo contrario.

4.- Conforme a los principios que hemos enunciado deberemos analizar el régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, para determinar en qué circunstancias puede considerarse que la prestación personal de servicios de transportes para una tercera empresa en calidad de socio de una cooperativa excluye la existencia de una relación laboral, o constituye en realidad un subterfugio con el que eludir las previsiones del art. 1. 1 ET bajo esa cobertura puramente formal.

En el bien entendido que tan solo el Estado tiene competencias para legislar en materia laboral, por lo que ninguna incidencia pueden tener en esta materia las dife-

rentes leyes autonómicas que regulan el régimen jurídico de las cooperativas en cada comunidad, motivo por el que todas nuestras alusiones van a estar referidas a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas de ámbito estatal.

Por más que ciertamente no es de encontrar grandes diferencias en este extremo, que pudieren suponer una colisión de la Ley estatal con cualquiera de las Leyes autonómicas que están en juego en el caso de autos.

SEXTO.- 1.- El art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, dispone que “Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria”.

De esa definición se desprende un elemento muy relevante a los efectos de encontrar una adecuada solución a la cuestión que debemos resolver, cual es la de que la actividad de esta clase de cooperativas y lo que motiva su existencia, consiste justamente en la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros.

El nivel de cumplimiento de este mandato legal es esencial para valorar hasta qué punto se ajusta realmente la actividad de la cooperativa a la que constituye el verdadero objeto de esta forma de organización del trabajo, cuya finalidad no es otra que la de proveer estructuras organizativas, materiales, financieras, de gestión, o de cualquier otra clase, que permitan y faciliten la más eficaz prestación del trabajo autónomo a través de la puesta en común del esfuerzo personal y directo de los socios trabajadores que la integran.

No es admisible que la cooperativa eluda esa obligación, y se limite, pura y simplemente, a dar cobertura formal a situaciones con las que se pretende en realidad eludir las normas laborales que hubieren resultado de aplicación en el caso de que la actividad fuese realizada directamente a título individual por el trabajador, o mediante cualquier otro tipo de entidad empresarial no constituida bajo la fórmula de una cooperativa de trabajo asociado.

Ya hemos dicho que no hay nada que exima de la aplicación a las cooperativas de los mismos criterios generales utilizados para poner coto al uso fraudulento de la forma societaria desde la perspectiva del derecho del trabajo, sin que tampoco sean inmunes a las reglas laborales que persiguen evitar el fraude en la adecuada identificación del empleador real de los trabajadores, proscribiendo la cesión ilegal con la que se pretende la mera puesta a disposición de mano de obra, o cualquier otro mecanismo fraudulento en tal sentido: la creación de empresas interpuestas, ficticias o la abusiva configuración de grupos de empresas.

Todo ello con la salvedad, por supuesto, de que no pueden olvidarse las peculiaridades del singular régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, que sin duda les permite formas de organización del trabajo que no serían admisibles en otro tipo de empresas.

Pero tales peculiaridades no permiten llegar al punto de que pueda valer la mera y simple constitución puramente formal de una cooperativa de esta naturaleza para dar visos de legalidad a cualquier fórmula de relación con terceras empresas, si se demuestra que la cooperativa carece de cualquier infraestructura organizativa propia o actividad económica real y está siendo utilizada como un simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de esas otras empresas.

A estos efectos es donde adquiere especial relevancia la acreditación de la actividad que realmente desempeña la cooperativa para constatar que con ello se evidencia la efectiva creación y organización de mecanismos de actuación interna y de relación con los clientes de los que se desprenda la prestación de servicios de cualquier tipo a sus asociados, generando y fomentando fórmulas de gestión empresarial, ya sea en el ámbito puramente material, de asesoramiento, de reducción de costes, de captación de clientes, o cualquier otro que incida en el mejor desarrollo de la prestación de servicios de sus asociados.

La valoración de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto serán las que lleven a concluir si la actividad de la cooperativa es real y ajustada a las finalidades que dan cobertura jurídica a su constitución, o es por el contrario inexistente y meramente formal, en evidencia de que se trata de una ficticia formulación con la que se persigue eludir normas indisponibles de derecho laboral.

Discutidas en sede judicial esas circunstancias, a la cooperativa le corresponde la carga de probar que desarrolla una actividad real en beneficio de sus socios y en los términos en que ya hemos enunciado.

2.- Si trasladamos estos criterios al caso concreto de la prestación de servicios de transporte por parte de cooperativas de trabajo asociado, lo primero es destacar que esta clase de cooperativas pueden ser titulares de las autorizaciones administrativas de transporte a que se refiere el art. 1. 3 g) ET, tal y como así lo establece el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestre, al disponer en su art. 41.5 que “Los títulos habilitantes revestirán la forma de autorización administrativa otorgada a la persona física o jurídica titular de la actividad”, y señalar luego el art. 42.1 a) que: “Para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera, o para la realización de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, será necesario cumplir los siguientes requisitos: a) Ser persona física, ..., o bien persona jurídica, debiendo

revestir en ese caso la forma de sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado”, incluyendo de esta forma a las cooperativas de trabajo asociado entre las personas jurídicas que pueden detentar dichas autorizaciones.

Por su parte el art. 100 de la Ley 27/1999, de 16 de julio contempla específicamente las cooperativas de transportistas entre las diversas clases que regula, y las define como “las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de empresas del transporte o profesionales que puedan ejercer en cualquier ámbito, incluso el local, la actividad de transportistas, de personas o cosas o mixto, y tienen por objeto la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios”.

De la conjunta integración de estos preceptos se desprende que los transportistas pueden integrarse en las cooperativas de transporte a las que se refiere el art. 100 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, pero que cabe también la posibilidad de la constitución de cooperativas de trabajo asociado a las que se les reconoce la facultad de ser las titulares de las tarjetas de transportes.

Ahora bien, las cooperativas de trabajo asociado de transporte, en tanto que son cooperativas de trabajo asociado, deben desarrollar su actividad en los mismos términos que hemos expuesto en el punto anterior.

Como hemos dicho, creando, fomentando y potenciando estructuras de organización en común de la producción de bienes en favor de sus asociados y para dar servicios a los mismos desde cualquiera de las perspectivas que sean útiles en la realización de su actividad como transportista, ya sea de apoyo material, financiero, de gestión, de asesoramiento, de reducción de costes, de captación de clientes, o cualquier otra relevante para su desempeño.

3.- El problema se traslada entonces a la forma y manera en la que las cooperativas de trabajo asociado utilizan tales autorizaciones en beneficio de sus asociados y la valoración que ese elemento merezca desde la perspectiva jurídica del art. 1. 3 g) ET, en orden a la exclusión de la laboralidad del vínculo en función de todas las demás circunstancias que en cada caso puedan concurrir en la prestación de este tipo de servicios, esencialmente, en lo que se refiere al mecanismo mediante el que concurre el segundo de los elementos a los que se refiere ese precepto legal, la propiedad o poder de disposición del vehículo utilizado por el prestador del servicio.

No sería de apreciar la menor tacha de ilegalidad en aquellos supuestos en los que la cooperativa titular de las tarjetas de transporte haya creado una infraestructura empresarial de la que sea titular, disponiendo de sus propios clientes y de la estructura organizativa y material con la que dar servicios a sus socios en los términos que ya hemos reiterado.

Siendo así, podrán admitirse las diferentes y variadas fórmulas de gestión que pueda hacer cada cooperativa de esas autorizaciones administrativas de transporte, al igual que el mecanismo que pudiere haber arbitrado para ayudar y colaborar con sus socios en la obtención de la propiedad o poder de disposición del vehículo que utilicen.

La cooperativa de trabajo asociado no sería entonces una entidad ficticia en abuso de la forma societaria si dispone de infraestructura empresarial propia de cualquier índole para dar servicio a sus socios: material, organizativa, personal, financiera, clientelar, o de otro tipo relevante a estos efectos.

Si por el contrario, la cooperativa carece de la más mínima estructura material u organizativa, y su intervención se limita solamente a aportar la titularidad de la tarjeta de transporte y formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, y es esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos, hasta el punto de que trata directamente con los conductores sin la intermediación de la cooperativa, estaríamos ante una actuación interpuesta que simplemente busca facilitar la mano de obra para ponerla a disposición de la empresa transportista con la intención de eludir las exigencias que impone el art. 1.3 g) ET para excluir del ámbito laboral la prestación de servicios de transporte.

4.- Esa es la buena doctrina que acertadamente aplica la sentencia de contraste, que ante la inexistencia de una verdadera actividad económica en la cooperativa concluye que estamos en el supuesto de uso fraudulento de la forma societaria.

Lo que se produce con mayor razón si cabe en el caso de autos, en el que a la inexistencia de una infraestructura organizativa propia de la cooperativa se añade un elemento especial de singular relevancia, cual es la de que tan solo dispone de tres socios trabajadores, mientras que los restantes 115 socios, entre ellos el actor, ostentan la condición de socios colaboradores en una muy anómala y desproporcionada relación de unos y otros.

Y si bien es cierto que el art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, admite que las cooperativas de trabajo asociado puedan contar con socios colaboradores, no lo es menos que la presencia tan absolutamente mayoritaria de esta figura es claramente reveladora de la utilización abusiva de la forma societaria, teniendo en cuenta que conforme al art. 14 de la Ley los socios colaboradores se definen en contraposición a los socios trabajadores, como las “personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución”, tras lo que se establece que el socio colaborador no “podrá desarrollar actividades cooperativizadas en el seno de dicha sociedad”.

Definición de socio colaborador que choca frontalmente con la posibilidad de que puedan ostentar esta naturaleza quienes son los conductores de los vehículos de una cooperativa de trabajo asociado de transporte, en la que la actividad cooperativizada consiste justamente en prestar esa clase de servicios.

Si a esto se añade la previsión contenida en ese mismo art. 14 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, que limita el conjunto de los votos de los socios colaboradores, sumados entre sí, al treinta por ciento de los votos en los órganos sociales de la cooperativa, se comprende fácilmente la acertada conclusión a la que llegó la sentencia de instancia cuando afirma que tan solo cuatro personas sobre un total de 119 socios de la cooperativa disponen de la inmensa mayoría de los votos, lo que les permite decidir sobre la gestión de la cooperativa sin ninguna incidencia decisiva del grupo mayoritario de socios colaboradores, en clara demostración del uso fraudulento de esa forma societaria.

SEPTIMO.- De acuerdo con todo lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso para casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase interpuesto por la cooperativa codemandada, confirmando en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas»

*** STS núm. 1052/2018 de 19 de junio de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 3718)**

Ponente: Eduardo Espín Templado

Resumen: *Defensa de la competencia: práctica concertada de boicot a empresa de transporte que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios.*

Nota: Véase en los mismos términos Sentencia del TS núm. 1497/2018 de 10 de octubre de 2018 (Cont.-admvo.) (JUR 2018, 296292)

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Autoridad Vasca de la Competencia impugna en casación la sentencia dictada el 5 de abril de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había anulado una resolución sancionadora dictada por ella. La citada sentencia estimó el recurso contencioso administrativo entablado por el Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa (Cecotrans) contra la resolución de la citada Autoridad Vasca

de 14 de enero de 2016 que sancionaba a dicha entidad cooperativa por una recomendación o decisión colectiva de boicot.

El recurso se funda en la presunta infracción por parte de la sentencia impugnada del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia al haber exculpado de responsabilidad a la citada cooperativa Cecotrans por una conducta realizada por los socios cooperativistas de la misma.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia funda la estimación del recurso a quo con los siguientes razonamientos:

«TERCERO.- Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes, bien puede colegirse que la cuestión que se suscita es de índole estrictamente jurídica y versa sobre la posible subsunción del curso de los acontecimientos expuesto, en lo que a la recurrente se refiere, en la infracción prevista en el artículo 1,1 LDC, esto es, en la adopción de una “práctica concertada de boicot” que hubiese producido el efecto de “impedir, restringir o falsear la competencia” en el ámbito afectado.

(...) el primer motivo de impugnación que se invoca pasa por la infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad en materia sancionadora. Rechaza la recurrente el haber incurrido en “práctica concertada” toda vez que, en esencia, no concurre el elemento consensual entre las entidades que resultan sancionadas habida cuenta de que ninguna cooperación y coordinación entre las mismas ha quedado acreditada.

Más allá de que pueda compartir la Sala los argumentos ofrecidos por la demandada a propósito de las dificultades para constatar de forma fehaciente las prácticas concertadas, debiéndose de ordinario prescindir de la exigencia de una prueba directa y recurrir a la indiciaria, es lo cierto que en el presente caso no se haya ningún elemento decisivo para inferir tal connivencia entre las entidades sancionadas. Como se ha expuesto, fue la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao la que en fecha 24/6/14 anunció su decisión de no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por la naviera Maersk Lines. Tal medida había de ponerse en marcha en fecha 4/7/14 si bien ya el 8/7/14 la propia Asociación hizo pública su intención de dejar sin efecto el llamamiento.

Es cierto que la mayor parte de quienes prestan sus servicios como transportistas, ya para la actora, ya para Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop., estarían afiliados a la mentada Asociación Sindical, pero no debe perderse de vista que sería su vinculación a la misma -y no a sus respectivas empresas- la que les habría llevado -según la tesis de la demandada- a materializar el boicot a los buques gestionados por Maersk Lines. En lo demás, tal boicot se habría circunscrito a fechas concretas y a dos buques, Samaria y Glücksburg, siendo así que respecto del primero de ellos

ninguno de los tres vehículos solicitados a cada una de las entidades concernidas fue facilitado, mientras que en relación con la segunda embarcación, solo uno de los tres demandados a cada una se provisionó.

Entiende la Sala que justifica suficientemente la recurrente (facilitando, de una parte, el extracto de los correos electrónicos mantenidos entre la dirección de tráfico de la actora y Noatum -en particular, a través de la dirección *asacristan@noatum.com* -en los días 17 y 24/7/14; y, de otra, las hojas de control a tales días relativos) el que desplegó toda la actividad que le era demandable -cursando las peticiones solicitadas- para atender los requerimientos que la estibadora le efectuaba. De esta forma, habría sido la decisión de cada transportista -ya a título particular, ya por su pertenencia a la Asociación Sindical y, por lo demás, de imposible o muy difícil previsibilidad- la determinante del no posicionamiento de los vehículos en los buques Samaria y Glücksburg conforme lo solicitado. No existe ninguna evidencia que lleve a mantener cooperación y coordinación entre la recurrente y Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. o, en su caso, connivencia alguna con la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao para que se desencadenaran los acontecimientos en la forma en que éstos finalmente se produjeron, sino que bien parece que tales hechos tenían lugar al margen de la esfera de control de la actora y que vendrían motivados por presuntos ilícitos penales (daños y sabotajes en vehículos) que, o bien ya se habrían producido, o era presumible que se produjesen como represalia por prestar el servicio a la naviera con la que subyacía un determinado conflicto comercial o laboral.

Todo lo anterior no obsta a que por parte de las propias naviera y estibadora, a las que sin duda bien pudieron irrogárseles perjuicios por mor de la falta de prestación del servicio de transporte horizontal que precisaba, hayan emprendido -o pudieren hacerlo- acciones civiles o mercantiles contra aquéllas entidades que entiendan responsables de los mismos, cuestión ésta ajena a esta Jurisdicción y litis, como también lo es la referente a los aspectos delictivos referidos a lo largo de la Resolución sancionadora y que habrán sido ventilados -o debieren serlo- en sede penal.

En consecuencia, los hechos en los que se ha basado la Resolución sancionadora con respecto a la recurrente no son subsumibles en infracción alguna y, al carecer su actuación del carácter de típica, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo, anulando la Resolución sancionadora en lo que a la misma respecta y haciendo que devenga innecesario el examen de los otros motivos impugnatorios que se esgrimen.» (fundamento de derecho segundo)

TERCERO.- Sobre el auto de admisión del recurso.

Mediante Auto de 18 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el recurso fijando el interés casacional del mismo en los siguientes términos:

«SEGUNDO. – (...)

Esta es, como decimos, una cuestión dotada de interés casacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.3.a) LJCA, pues no existe jurisprudencia que haya estudiado específicamente el problema de la imputación de conductas anticompetitivas cuando se da la singularidad de que la empresa sancionada es una sociedad cooperativa y esta se defiende alegando que los actos ilícitos no han sido desarrollados por ella sino por los socios cooperativistas a título particular. Por añadidura, concurren asimismo los supuestos de los subapartados b) y c) del apartado 2º del precitado artículo 88, dada la trascendencia y posible repercusión que reviste esta cuestión sobre posibles imputaciones futuras en la materia que nos ocupa a empresas constituidas bajo la forma societaria de sociedad cooperativa.

TERCERO.- Dicho esto, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA, (...).

En cumplimiento de esta norma, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada; y los artículos que en principio serán objeto de interpretación serán los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE, en relación con la Ley 27/1999 de Cooperativas.»

CUARTO.- Sobre la posición de las partes.

Señala el organismo recurrente que el boicot constituye una de las conductas anticompetitivas más graves, comprendida en los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 1.1 de la Ley nacional de Defensa de la Competencia. Según la entidad recurrente la Sala de instancia reconoce palmaria-mente la existencia de un boicot, pero excluye del mismo de manera injustificada a la cooperativa Cecotrans a pesar de que ha participado activamente a través de sus socios transportistas.

En la acción de boicot participaron: la Asociación ATAP, que fue quien la convocó, aunque la cancelara, al menos formalmente, tras la intervención de la Autoridad de competencia; las entidades Cecotrans y Sociedad Cooperativa Transportes del Puerto de Santurzi, que no prestaron los servicios a que se habían comprometido; e incluso los supuestos saboteadores que trataron de intimidar a los transportistas. En opinión de la Autoridad Vasca de la Competencia si los transportistas pertenecientes a Cecotrans hacen boicot, lo hace la propia Cecotrans, ya que son también y principalmente socios de la cooperativa. Por otra parte, Cecotrans que había contratado

el servicio de estiba con los dos buques a los que finalmente no se les prestó no recurrió a transportistas alternativos. La Autoridad Vasca de Competencia considera asimismo que Cecotrans participó en las reuniones preparatorias del boicot a través de sus socios.

Entiende la parte recurrente que la doctrina sostenida por la Sala de instancia sustraería a las cooperativas del escrutinio del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE, fomentando la adopción de esa forma societaria para esquivar la aplicación de las normas de competencia.

La parte demandada razona en su escrito de oposición al recurso que los hechos no son subsumibles en la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y considera la sentencia ajustada a derecho. Sostiene que en la misma no se afirma, como dice la recurrente, que se hubiera producido un boicot, sino que se refiere a dicha posibilidad a meros efectos dialécticos. Considera también que la Sala de instancia ha tenido por acreditado que Cecotrans desplegó toda la actividad que le era demandable y que el servicio no se pudo prestar por el clima de conflictividad existente en el puerto esos días.

QUINTO.- Sobre la responsabilidad de la cooperativa Cecotrans en la conducta anticompetitiva de boicot.

La resolución del presente asunto requiere un deslinde previo de los aspectos fácticos y jurídicos. Así, es preciso determinar primero si los hechos declarados o dados por probados en la instancia constituyen un boicot o acción anticompetitiva que pueda quedar comprendido bajo el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y cuál fue la actuación de Cecotrans en tales hechos. En segundo lugar, como ha de calificarse jurídicamente tal actuación de la entidad cooperativa sancionada.

En cuanto a los hechos ocurridos en el puerto de Bilbao durante los días, la Sala de instancia los recoge de la siguiente manera: (...)

De la anterior relación, esta Sala considera relevante las siguientes circunstancias fácticas que pueden considerarse probadas:

- Tras la convocatoria del boicot contra la empresa naviera Maersk Lines por parte de la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao y pese a su posterior revocación de la misma, la interrupción del servicio de estiba y desestiba a la citada naviera se produjo efectivamente: el 17 de julio no prestaron servicio a dicha naviera los camiones solicitados, 3 a la actora y 3 a la otra cooperativa, Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop.; y el 27 de julio, de una petición similar de 3 camiones a cada una de las cooperativas de transporte, sólo les proporcionaron uno cada una de ellas. Todo ello sin que ningún otro buque de las restantes navieras sufrieran incidencia alguna en el servicio de estiba o desestiba esos días.

- La cooperativa recurrente advirtió a la naviera de las dificultades para proporcionar los servicios solicitados, pero sin embargo no buscó alternativas para cumplir con sus compromisos contractuales de desestiba con transportistas alternativos. Aunque la Sala aprecia que la cooperativa Cecotrans hizo lo que le resultaba exigible al advertir a la naviera Maersk de las dificultades para atender su petición de desestiba, en ningún caso resulta desmentido que Cecotrans no buscó formas alternativas de atender su compromiso de servicio con la citada naviera.

Esos datos de hecho, que se basan en la descripción de lo sucedido en la resolución sancionadora -que la Sala de instancia asume en sus hechos probados- conducen a las siguientes conclusiones:

- en primer lugar, implican que el boicot a la naviera Maersk fue efectivamente seguido por los socios transportistas de ambas cooperativas de transporte. En este contexto, resulta indiferente que la actora considere -según expone la sentencia en el fundamento tercero- que el seguimiento del boicot de sus transportistas no se debía a su afiliación a Cecontrans, sino a la Asociación que convocó la huelga; el hecho no discutible es que los socios cooperativistas de Cecotrans no prestaron el servicio a que se había comprometido Cecotrans, lo que supone que participaron de hecho en un boicot. Y no resulta convincente el argumento de que lo hicieron por temor a los incidentes respecto a lo que hubo denuncias, ya que consta que con excepción de la no prestación del servicio a la naviera objeto del boicot, la estiba y desestiba en el puerto fue atendida con normalidad durante esos días.

- en segundo lugar, Cecotrans era consciente de la probable conducta de sus miembros, puesto que advirtió a la naviera Maersk de las dificultades de proporcionarle el servicio solicitado. Sin embargo, Cecotrans -tal como le achaca la Autoridad Vasca de la Competencia- no adoptó medidas para asegurar la prestación del servicio mediante la búsqueda de otros transportistas o mediante una intervención directa sobre sus miembros. En este sentido, no es posible admitir la tesis de la Sala de instancia que supone admitir que para no participar en una actuación anticompetitiva como la de autos es suficiente con la advertencia por parte de una sociedad que dicha actuación puede ocurrir, aun cuando los sujetos que realizan materialmente la conducta prohibida son precisamente miembros de dicha sociedad. Conviene poner de relieve que esto no es una valoración fáctica, sino una interpretación del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el sentido de que el apartamiento de una conducta anticompetitiva como lo es un boicot, ha de ser claro e inequívoco, al igual que sucede -según reiterada jurisprudencia de esta Sala- con la participación en un cartel. El dato fáctico lo proporciona la narración de hechos de la sentencia impugnada al describir la reacción de Cecotrans frente al llamamiento al boicot.

- así las cosas, no resulta aceptable la posición de la recurrente, en esencia aceptada por la Sala juzgadora, de que nada más podía hacer la cooperativa sancionada y que el comportamiento individual de sus miembros no le resultaba imputable. La convocatoria del boicot -pese a su retirada posterior-, la previsión por parte de Cecotrans del presumible incumplimiento de las encargos de servicio por sus propios miembros, el que dicho servicio no fuese cumplido y, finalmente, la falta de cualesquiera otra actuación clara de apartamiento de la acción anticompetitiva y de evitación de sus efectos (búsqueda de transportistas alternativos) hacen a Cecotrans plenamente responsable de la conducta anticompetitiva materialmente realizada por su miembros cooperativistas y por la que fue sancionada.

SEXTO.- Sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a una conducta anticompetitiva de sus miembros.

De las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho se desprende con claridad cuál es la interpretación que esta Sala ha de dar a la cuestión que según el auto de admisión presentaba interés casacional: «si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada».

Una sociedad cooperativa está integrada por sus miembros cooperativistas y una actuación de éstos que esté asociada a su condición de miembros de la misma es una de las posibles conductas imputables a la cooperativa, como lo son las decisiones de sus órganos gestores o las actuaciones directa y personalmente imputables a sus miembros directivos en ejercicio de sus funciones. Desde luego es claro que sólo cabe hablar de una responsabilidad anticompetitiva de la sociedad cooperativa por la conducta de sus miembros cuando se trate de un comportamiento que no quepa calificar de marginal o irrelevante desde esta perspectiva, como podría serlo la actitud individual de un número poco significativo de socios. Pero en cualquier caso, en principio y a reserva de circunstancias específicas que pudieran invalidar el criterio general, cabe afirmar que conductas derivadas o asociadas a la condición de socios de una cooperativa son imputables a la propia sociedad cooperativa. Por otra parte, para que una cooperativa pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que se haya distanciado de manera indubitada de dicha conducta y haya tratado de evitarla de manera eficaz.

Como es obvio, no es posible a priori formular criterios generales pro futuro, más allá de lo anteriormente expresado, para describir con mayor precisión cuándo la

conducta de los socios puede imputarse a la cooperativa o de qué manera puede una cooperativa distanciarse de manera eficaz de la misma, pues las situaciones pueden ser muy diferentes en función del ámbito económico y de las circunstancias concretas que concurren.

Ahora bien, en el caso de autos, lo que resulta indubitado a partir de los hechos probados en la instancia es que los socios transportistas de Cecotrans no atendieron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo -con independencia de la interpretación de la Sala juzgadora sobre sus motivos-, que la cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, y que no buscó alternativas eficaces para evitar el boicot. Su comportamiento (que, en contra de lo aseverado por la Sala de instancia, no puede admitirse como eximente de su responsabilidad) se limitó a advertir a la naviera objeto del boicot de las dificultades existentes para que su solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

Debemos pues estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y afirmar la doctrina expuesta sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios».

* **ATS de 26 de junio de 2018 (Social)** (JUR 2018, 191177)

Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea

Resumen: *Expulsión de socio trabajador de cooperativa declarada ajustada a derecho. Manifestaciones no amparadas en el derecho a la libertad de expresión.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...).

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 12 de diciembre de 2017 (R. 2293/2017), estima el recurso de suplicación formulado por Fagor Ederlan Sociedad Cooperativa (Fagor) y, revocando la sentencia de instancia, declara que la expulsión acordada respecto del actor es ajustada a derecho.

Consta que, tras los oportunos trámites, el 28 de marzo de 2017 la Cooperativa ha procedido a notificar al actor la decisión adoptada por la Asamblea General de sancionarle con su expulsión por la comisión de una falta muy grave prevista en el art. 95-Q del Reglamento Interno Cooperativo. En lo que aquí interesa, resulta acreditado que el 3 de mayo de 2016 Fagor fue citada en las dependencias de la Inspección de Trabajo por la Inspectora actuante, requiriendo la presencia de las siguientes personas: el actor, un Delegado de Prevención, un Técnico de prevención, el Técnico de Prevención y Jefe de Seguridad y el Responsable directo del actor; en dicha reunión

el actor manifestó que la Técnico de Prevención de la planta de Bergara falsificaba los informes de evaluación de riesgos; que los Técnicos de Prevención que realizan las mediciones de agentes químicos falsean datos; que los Técnicos de Prevención de Fagor han ocultado deliberadamente en la evaluación de riesgos la presencia de sustancias cancerígenas y que en la planta de Fagor de Bergara se utilizan sustancias cancerígenas; la Inspectora advirtió al actor que estaba acusando a los Técnicos de Fagor presentes en la reunión de cometer un delito, a lo que aquel hizo caso omiso, añadiendo que tenía constancia de que tres personas que prestan servicios en la planta de Bergara de Fagor habían contraído cáncer por manipulación de productos químicos; afirmó el actor que los Servicios Médicos de la empresa manipulan y falsean información y datos; cuestionó al Delegado de Prevención de la planta de Bergara por no estar ejerciendo sus funciones. Una vez finalizada la reunión el demandante presentó una denuncia para que se valoraran los riesgos derivados de la utilización de productos cancerígenos y mutágenos, como son los nitratos de cobalto (SurTec 680) en los procesos de galvanotecnia.

Analiza la Sala el comportamiento del actor, y lo hace dividiéndolo en varias fases: a) Una previa actuación en la que el actor formaliza una denuncia contra Fagor ante la autoridad laboral y por los motivos que considera convenientes, que se entiende perfectamente conforme al ET. b) La segunda, ya en el seno de la reunión ante la Inspectora de Trabajo, en la que cuestiona el contenido de la evaluación de los Riesgos de Trabajo en determinados extremos que le afectaban, y critica al Delegado de Prevención al entender que no estaba cumpliendo adecuadamente con su cargo, manifestaciones que se consideran congruentes con su derecho a la libertad de expresión. c) La tercera son los términos empleados por el actor respecto de compañeros de trabajo presentes y/o ausentes en la reunión; y al respecto la Sala considera que los mismos superan la posibilidad legal de crítica, y de ejercicio del derecho a la libertad de expresión: existen afirmaciones sobre conductas delictivas, falsificaciones, que tienen a personas concretas y determinadas como autores; y, además, existe otra dimensión en la que Fagor se ve directamente implicada, consistente en la imputación de la vulneración de la LPRL, en diferentes aspectos; que a su vez tendrían un dimensión sancionadora y de extrema gravedad de acuerdo con la LISOS; a lo que se añade la Sala que la propia Inspectora advirtió al actor de que los hechos que denunciaba podría ser delictivos.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el socio demandante y tiene por objeto determinar que debe ser declarada no ajustada a derecho la expulsión de que fue objeto por la Cooperativa demandada, por estar las expresiones vertidas amparadas en el derecho a la libertad de expresión.

Se alega como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Constitucional nº 56/2008, de 14 de abril de 2008 (R. 2732/2006). En tal supuesto el trabajador recurrente en amparo solicita se declare la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] por las sentencias del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con declaración de la nulidad del despido del que había sido objeto por parte de la empleadora, Cepsa, en atención a los términos del escrito que aquel difundió en la empresa justo el día siguiente en el que alcanzó un pacto en conciliación judicial que dio lugar al levantamiento de una sanción, considerando que los términos del comunicado eran ofensivos.

El Tribunal Constitucional diferencia, en primer término, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión (cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones) y el derecho a comunicar información, ello porque esta distinción tiene importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues los hechos son susceptibles de prueba, mientras que las opiniones no se prestan a una demostración de exactitud. En el caso, el debate del examen de constitucionalidad se sitúa en el marco de la libertad de expresión. Las expresiones empleadas que tuvieron en cuenta las sentencias impugnadas fueron, señaladamente las siguientes: “murieron quemados como perros defendiendo los intereses de la Empresa, y que murieron así por, entre otras causas, un gran compañerismo laboral, falta de reflejos”, referidas a cuatro compañeros que fallecieron en un accidente ocurrido en la empresa años antes; “a pesar del encefalograma plano y bobalicón que está imperando aquí”, en referencia a los representantes de los trabajadores en la empresa; y “todas las personas, entes sindicales y laborales, que participaron en aquel engendro sancionador”, aludiendo al expediente disciplinario que se le incoó al recurrente por unos escritos anteriores al que motivó su despido.

El Tribunal Constitucional refiere doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión, indicando, entre otros, que al tratarse de la formulación de “pensamientos, ideas y opiniones”, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas; así como que lo que no reconoce es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental; indicando igualmente el alcance del derecho cuando se ejerce en el ámbito laboral. Y al analizar el concreto asunto llega a la conclusión de que en ningún momento se han transgredido en el mismo los límites del derecho a la libertad de expresión. El texto se refiere estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de las relaciones laborales en la empresa; las críticas y juicios de valor se dirigen contra la

dirección del establecimiento, contra los órganos de representación de los trabajadores y (podría entenderse que) también contra los compañeros de trabajo en lo relativo al accidente laboral, sin que el trabajador haya empleado al hacerlo expresiones insultantes, ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas y opiniones que expone y, por tanto, innecesarias a su propósito; y sin que se aprecie daño alguno en acreditadas necesidades o en intereses empresariales. De donde se concluye que la actuación del actor supuso un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en la medida en que se limitó a manifestar su desaprobarción, disconformidad y crítica, en el ámbito interno de la empresa, con problemáticas laborales, lo que conduce a la estimación del amparo solicitado.

De acuerdo con la doctrina antes indicada, que sean distintos los hechos relativos a las infracciones denunciadas en cada resolución, determina que la doctrina de la sentencia de contraste no sea extensible al supuesto contemplado en la sentencia recurrida. En la sentencia de contraste el actor vertió determinadas expresiones en una carta que difundió dentro de la empresa tras un accidente de trabajo en el que fallecieron varios compañeros, y las expresiones empleadas fueron las siguientes: “murieron quemados como perros defendiendo los intereses de la Empresa, y que murieron así por, entre otras causas, un gran compañerismo laboral, falta de reflejos”, referidas a cuatro compañeros que fallecieron en un accidente ocurrido en la empresa años antes; “a pesar del encefalograma plano y bobalicón que está imperando aquí”, en referencia a los representantes de los trabajadores en la empresa; y “todas las personas, entes sindicales y laborales, que participaron en aquel engendro sancionador”, aludiendo al expediente disciplinario que se le incoó al recurrente por unos escritos anteriores al que motivó su despido; el Tribunal Constitucional ha considerado que se trata de manifestaciones de ideas y opiniones, sin que el trabajador haya empleado al hacerlo expresiones insultantes, ultrajantes u ofensivas, lo que entra dentro de la libertad de expresión, que, entre otros límites que indica, no ampara el derecho al insulto. En la sentencia recurrida las manifestaciones del actor que se han considerado determinantes de su expulsión han sido las proferidas en la reunión mantenida ante la Inspectora de Trabajo, donde afirmó que la Técnico de Prevención de la planta de Bergara falsificaba los informes de evaluación de riesgos, que los Técnicos que realizaban las mediciones de agentes químicos igualmente lo hacían, que deliberadamente también ocultaban la presencia de sustancias cancerígenas en la evaluación de riesgos, y que los Servicios Médicos de la Cooperativa también manipulaban y falseaban información y datos; siendo advertido expresamente por la Inspectora de que dichas afirmaciones implicaban la imputación de delitos, a lo que el actor hizo caso omiso; de ahí que la Sala de suplicación haya considerado que no se trata de manifestaciones que puedan quedar amparadas por el derecho de la libertad de expresión; y dichas

manifestaciones, además, tienen efectos sobre la empresa al imputarle vulneraciones de la LPRL, en diferentes aspectos, que a su vez tendrían un dimensión sancionadora y de extrema gravedad de acuerdo con la LISOS.

(...)

TERCERO.- De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita».

IV. FUNDACIONES

* STS num. 426/2018 de 16 marzo de 2018 (Cont.-Admvo.) (RJ 2018, 1291)

Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Resumen: *Procedimiento de transformación de caja de ahorros en fundación de carácter especial: inexistencia de infracción del Real Decreto-Ley 11/2010 de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Inexistencia de infracción de Ley 50/2002 de Fundaciones.*

Fundamentos de Derecho

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

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la Fundación de carácter especial CAJACANARIAS, tiene por objeto la pretensión de que se revoque y anule la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra el derecho del Gobierno de Canarias 42/2013, de 27 de marzo de 2013, por el que se resuelve la solicitud de autorización administrativa para la transformación de la CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS en Fundación de carácter especial.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar íntegramente el recurso contencioso-administrativo declarando que es conforme a Derecho el Decreto del Gobierno de Canarias de 27 de marzo de 2013, que dispuso declarar la terminación del procedimiento de autorización administrativa como consecuencia de la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento al haber quedado transformada en

Fundación de carácter especial, por imperativo legal, el 3 de enero de 2013, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] La cuestión sujeta al conocimiento de esta Sala es eminentemente jurídica, dado que existiendo acuerdo entre las partes sobre normativa aplicable y actuaciones practicadas por cada una de ellas, se centra el debate en la determinación de qué debe entenderse por transformación en fundación de carácter especial, cuándo se concluye dicha transformación, si la actuación llevada a cabo por la recurrente supuso completar dicho procedimiento, a salvo de la autorización del Gobierno de Canarias, o por el contrario, debía haber finalizado el procedimiento, obteniendo la inscripción en el registro correspondiente previa autorización de la administración demandada e informe favorable del Banco de España.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta la legislación aplicable, así como la modificación operada en el RDL 11/2010 de 9 de julio por la Disposición Final 13ª de la Ley 9/2012 de 14 de noviembre, que entró en vigor al día siguiente, tanto del Art. 5, como del 6 de dicho texto y la inclusión de una nueva DT 9ª afectaron al procedimiento de transformación de las Cajas de Ahorro.

Para ello ha de tenerse en cuenta por una parte la existencia de una legislación básica estatal, contenida en el RDL 11/2010 de 9 de julio en cuya redacción original no se contenía plazo para la transformación, de modo que el art. 5. 7, en lo que aquí afecta, en relación al ejercicio indirecto de la actividad financiera de las Cajas de Ahorros, señalaba “7. Si una Caja de Ahorros dejase de ostentar el control en los términos del art. 42 del Código de Comercio o redujese su participación de modo que no alcance el 25% de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere la presente disposición, deberá renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y proceder a su transformación en fundación especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente.

8. Lo establecido en la presente disposición será también de aplicación a aquellas cajas de ahorros que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas conforme a lo dispuesto en el art. 8.3 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo .

En particular, la pérdida de control y la reducción de la participación conjunta por debajo del límite contemplado en el apartado anterior dará lugar a la pérdida de la condición de entidades de crédito de todas las integrantes y a su transformación en fundaciones especiales.” Disponiendo el art. 6 en dicha redacción que “Transformación de Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial

1. Las Cajas de Ahorros podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el régimen previsto en este artículo en los siguientes casos:

a) Conforme a lo previsto en el apartado 7 del artículo anterior.

b) Como consecuencia de la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y en los demás supuestos de revocación.

c) Como consecuencia de la intervención de la entidad de crédito en los supuestos previstos en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

A tal efecto traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en una fundación de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito.

Lo establecido en las letras a) y c) de este apartado será también de aplicación a aquellas cajas de ahorros que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas. En tal caso, las cajas integrantes traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en fundaciones de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito.

La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfico-social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera.

2. Junto con el acuerdo de transformación, la Asamblea General de la Caja, o la de las Cajas de manera conjunta, acordará la constitución de fundaciones de carácter especial, con aprobación de sus estatutos y designación de su patronato. La segregación de la actividad financiera, por su parte, se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

3. Corresponde al Estado la supervisión y control de las fundaciones de carácter especial a las que se refiere el presente real decreto-ley, cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, a través del Protectorado que será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Las fundaciones de carácter especial a las que se refiere el presente real decreto-ley gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro. En el caso de las fundaciones de ámbito estatal, dicha inscripción se practicará en el Registro especial que al efecto se constituya en el Ministerio de Economía y Competitividad.

4. Las fundaciones de carácter especial se registrarán por este real decreto-ley y su normativa de desarrollo. Supletoriamente, será de aplicación la normativa en materia de fundaciones.”

Tal como se adelantó, dichos artículos fueron modificados por la Ley 9/2012 de 14 de noviembre, a través de la DF 13º, señalando que el apartado 7 del art. 5 quedará redactado en los siguientes términos: “Si una caja de ahorros dejase de ostentar el control en los términos del art. 42 del Código de Comercio o redujese su participación de modo que no alcance el 25% de los derechos de voto de la entidad de crédito a que se refiere la presente Disposición, procede la transformación en fundación de carácter especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente y con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946.”

La letra c) del art. 6.1 queda redactada en los siguientes términos: “c) Como consecuencia de la reestructuración o resolución de una entidad de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, siempre que así se determine en los correspondientes planes de reestructuración o resolución.”

Por otra parte el art. 6.2 queda redactado en los siguientes términos: “2. Junto con el acuerdo de transformación, la Asamblea General de la Caja, o la de las Cajas de manera conjunta, acordará la constitución de fundaciones de carácter especial, con aprobación de sus estatutos y designación de su patronato.

Cuando el hecho determinante de la obligación de la Caja a transformarse en fundación de carácter especial sea el establecido en las letras a) o c) del apartado 1, la transformación se producirá dentro del plazo de cinco meses desde el momento en que se produzca el hecho determinante de la disolución.

Transcurrido el plazo anterior sin que se haya ejecutado la citada transformación, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la Caja de Ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el protectorado correspondiente una comisión gestora de la fundación de carácter especial, a los efectos de aprobar los Estatutos, nombrar al patronato, fijar en su caso el régimen que corresponda para la amortización inmediata de las cuotas participativas que carezcan de derecho de voto y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa estatal y autonómica aplicable.

La segregación de la actividad financiera se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.”

Se añade una disposición transitoria Novena relativa al régimen transitorio de la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial de modo

que “1. Las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, estén incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial con independencia de que hayan solicitado la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito, contarán con el plazo que reste de los cinco meses a que se refiere el art. 6.2 de este Real Decreto -ley a contar desde que hubiesen incurrido en dicha causa.

Por su parte, las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, llevaran incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los cinco meses, quedarán automáticamente transformadas con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España conforme al procedimiento previsto en el citado art. 6.2 de este Real Decreto -ley.

2. El régimen previsto en el apartado anterior se aplicará igualmente a las Cajas de Ahorros que hayan iniciado el proceso de transformación en fundación de carácter especial.”

Igualmente resultó de aplicación al proceso de transformación la normativa contenida en la Ley canaria 10/2011 de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias en cuyo artículo 11 relativo a la transformación de Cajas de Ahorro en fundaciones de carácter especial señala que: “1. Las Cajas de Ahorros podrán acordar la segregación de su actividad financiera y benéfico-social mediante el régimen previsto en este artículo, en los siguientes casos:

a) Si, en caso de ejercicio indirecto de su actividad financiera mediante una entidad bancaria y previa la autorización del Gobierno de Canarias, tal como se prevé en el apartado 3 de este artículo, la Caja de Ahorros redujera su participación en la entidad bancaria de manera que no alcanzara el 50 por ciento de los derechos de voto en la misma y, en consecuencia, hubiera de renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito y transformarse en una fundación de carácter especial, conforme a lo previsto en el art. 2.7 de la presente ley.

b) Como consecuencia de la renuncia de la Caja a la autorización que se le haya concedido para actuar como entidad de crédito, o de la revocación de dicha autorización.

c) Cuando así lo determine la normativa aplicable como consecuencia de la intervención de la Caja de Ahorros.

En los citados casos, la Caja de Ahorros traspasará todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformará en una fundación de carácter especial, perdiendo su condición de entidad de crédito conforme a lo previsto en el art. 2.7 de la presente ley.

La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores.

La fundación deberá destinar a su finalidad benéficosocial el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio.

Auxiliarmente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera.

2. El acuerdo al que se refiere el apartado anterior estará sujeto al cumplimiento de los requisitos previstos para la constitución de fundaciones y supondrá la transformación de la Caja de Ahorros en una fundación de carácter especial. La segregación de la actividad financiera, por su parte, se regirá por lo establecido en la normativa específica vigente.

3. La transformación de una Caja de Ahorros con domicilio social en Canarias en una fundación de carácter especial deberá ser autorizada por el Gobierno de Canarias, a propuesta de la consejería competente en materia de economía y hacienda, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.

La solicitud de autorización deberá resolverse en el plazo de seis meses contados desde su recepción.

La denegación deberá ser motivada. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anteriormente previsto, se entenderá otorgada la autorización.

En todo caso, la concesión de la autorización requerirá el informe previo del Banco de España.

4. Dentro de los quince días siguientes a la celebración de la Asamblea General en la que se apruebe el acuerdo de transformación, la Caja de Ahorros deberá solicitar la autorización de este acuerdo al Gobierno de Canarias, a través de la consejería competente en materia de economía y hacienda.

Asimismo, la Caja de Ahorros deberá remitir puntualmente la información relevante relativa al proceso de transformación, que contendrá, al menos, la certificación del acuerdo previo del Consejo de Administración, el calendario de actuaciones estimado, los estatutos y las características principales de la futura fundación especial y de su actividad benéficosocial, las autorizaciones, informes e inscripciones registrales que sean exigibles de acuerdo con la normativa aplicable, y cualesquiera otros extremos que se estimen oportunos.

5. Una vez autorizada la transformación, su implementación será supervisada por el Gobierno de Canarias, a través de la consejería competente en materia de economía y hacienda, que velará por el adecuado desarrollo de la obra benéfico-social por la futura fundación de carácter especial.

6. Corresponderá a la consejería competente en materia de economía y hacienda el control y la supervisión de la actividad benéfico-social de la fundación de carácter especial, en el ámbito específico de sus competencias, sin perjuicio de las atribuciones que la normativa en materia de fundaciones reconozca a otros órganos administrativos de la Comunidad Autónoma.

7. La Caja de Ahorros con domicilio social en Canarias facilitará a la consejería competente en materia de economía y hacienda cuanta información y documentación le sea solicitada sobre el proceso de transformación contemplado en el presente artículo y su implementación, así como respecto de la actividad benéfico-social que desarrolle la fundación de carácter especial en la Comunidad Autónoma.”

[...] En el presente recurso las partes están conformes con que la causa de transformación acaeció el día 3 de agosto del 2012, de modo que desde dicho momento la recurrente debió proceder a su transformación, ahora bien, dado que el RDL 11/2010 no preveía plazo en su redacción original, la recurrente no inició dicho procedimiento hasta después de la entrada en vigor de la reforma operada por la DF 13º de la Ley 9/2012, -el 15 de noviembre del 2012 -, de manera que el primer acto efectuado para obtener su transformación se llevó a cabo el día 5 de diciembre del 2012 cuando se presenta escrito por el que se solicitaba del Gobierno de Canarias autorización (folio 1y siguientes del expediente), después de identificar el acuerdo de 4 de diciembre del 2012 del Consejo de Administración de la entidad, así como informar de que se convocaría Asamblea sobre dichos extremos para el siguiente 20 de diciembre, solicita tal como se indica, “ que se otorgue por parte del Gobierno de Canarias . previo informe del Banco de España, la autorización para la transformación en fundación de carácter especial . con efectos desde el día de la inscripción de la fundación de carácter especial en el correspondiente Registro de Fundaciones Canarias y, en todo caso, no más tarde del 3 de enero del 2013, todo ello de conformidad con los artículos 2, 4 y 11 LCAC y el art. 5 RDL 10/2011 “

Es a partir de dicho momento cuanto se suceden las convocatorias de las Asambleas de la recurrente, obtención del informe del Banco España previo reiteración del mismo (de fecha 26 de diciembre 12 y entrada el 28 de dicho mes y año), informes de diversos departamentos de diversas Consejerías, informes de los servicios jurídicos, otorgamiento de escritura pública de transformación que se eleva a público el 21 de diciembre del 2012, siendo a continuación remitida al BORM así como a la administración, a fin de recabar los informes correspondientes, constanding informe jurídico de fecha 28 de diciembre del 2012 (viernes) con fecha de entrada en la Conserjería de Presidencia y Justicia el día 4 de enero del 2013.

Al folio 1338 consta escrito en el que se señala que dado que a fecha 3 de enero del 2013 no se cumplían los requisitos exigidos en el RDL 11/2010 es por lo que el 10 de enero del 2013 se solicitó informe sobre la disolución automática, que fue contestado por el Director General de Tesoro y Política Financiero, en sentido afirmativo, tal como obra al folio 1340.

Consta igualmente informe del Banco de España de fecha 8 de enero del 2013 dirigido a la administración demandada en el que se le informa de que en cumpli-

miento de lo dispuesto en la DT 9º del RDL 11/2010 de 9 de julio “con fecha 3 de enero del 2013 se ha anotado en el Registro Especial de Cajas de Ahorros Popular la baja por transformación en fundación de carácter especial de la entidad Caja de Ahorros de Canarias”, folio 1341 del expediente.

Por otra parte, en la documentación aportada al presente recurso, consta que el Director General del Tesoro y Política Financiera dirigió escrito a Don Augusto informando de dichas circunstancias y que dado que en el “plazo confirmado por el Banco de España para la transformación no se daban los requisitos para el otorgamiento de la autorización prevista en el Art. 11.3 de la Ley 10/2011, se concluye que el pasado 3 de enero del 2013, y de acuerdo con lo dispuesto en el punto 3 de la referida DT 9º del RDL 11/2010 la entidad ha quedado automáticamente transformado en fundación de carácter especial, con disolución de todos sus órganos de gobierno y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España conforme al procedimiento previsto en el citado Art. 6.2 “.

De modo paralelo la Comisión Ejecutiva del Protectorado de Fundaciones Canarias el día 18 de enero del 2013 dictó resolución por la que acordaba “declarar la terminación del procedimiento de inscripción en el Registro de Fundaciones Canarias, por transformación voluntaria, de la fundación de carácter especial . como consecuencia de la desaparición sobrevenida del objeto habida cuenta de la disolución directa de todos sus órganos y su transformación forzosa y automática en Fundación de carácter especial en fecha de 3 de enero de 2013 sin perjuicio de las actuaciones a llevar a cabo conforme a lo dispuesto en el Art. 6.2 del RDL 11/2010 “. Resolución frente a la que se interpuso recurso de alzada, que fue desestimada en resolución de fecha 5 de abril del 2014, unida al procedimiento principal folios 314 y siguientes y notificada el día 8 siguientes sin que conste que frente a ella se haya interpuesto recurso contencioso administrativo alguno.

Igualmente se aportó copia de la nota de prensa, en la que se funda el recurso, en la que partiendo de la expiración del plazo para que la recurrente culminara el cambio a iniciativa propia se acuerda por el gobierno tutelar dicho proceso.

[...] De modo que la disconformidad de la recurrente se funda en que por su parte se efectuaron todas las actuaciones tendentes a la transformación en el plazo de los cinco meses, que remitió toda la documentación precisa, incluida escritura pública de fecha 21 de diciembre del 2012, antes del 3 de enero del 2013 y que dado que la administración tenía un plazo de 6 meses para dar la autorización dicho plazo no puede tenerse en cuenta. Indicando que los defectos apreciados en el informe jurídico nunca fueron notificados a la recurrente ni fue requerida de subsanación. Solo faltaba la autorización e inscripción en el Registro de Fundaciones.

Sin embargo nos encontramos con que el Art. 11 de la ley 10/2011 establece en su punto segundo que el acuerdo esta sujeto al “cumplimiento de los requisitos previstos para la constitución de fundaciones”, por otra parte el Art. 6 del RDL 11/2010 disponía en su punto 3 segundo párrafo que “las fundaciones de carácter especial a las que se refiere el presente RDL gozan de personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro”, y para ello previamente debe obtener la autorización del gobierno y el informe del Banco de España Art. 1 1 de la Ley 10/2011 .

La consecuencia de la falta de transformación viene expresamente recogida en el art. 6 modificado por a Ley 9/2012 y en la nueva DT 9º por dicha ley introducida.

La Ley de Fundaciones Canarias, ley 2/1998 de 6 de abril estable en su artículo 9 que “1. La fundación adquirirá personalidad jurídica desde el momento de la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Canarias.

Indicando el art. 8 que “Otorgada la escritura de constitución y en tanto se proceda a su inscripción en el Registro de Fundaciones de Canarias, su órgano de gobierno realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales condicionarán su eficacia a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la fundación. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.

En idéntico sentido se pronuncia la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones en cuyo artículo 4 relativo a la personalidad jurídica “1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley. 2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de «Fundación».

Artículo 13. Fundación en proceso de formación

1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Asimismo, el Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

De lo que cabe concluir que la transformación no se llevó a cabo, que a fecha de 3 de enero del 2013 no se había efectuado todas las actuaciones tendentes a dicha transformación, no debido olvidar que emitido el informe jurídico el 28 de diciembre del 2012 (viernes) teniendo en cuenta que la escritura es de fecha 21 de diciembre del 2012, remitida a la administración el 26 de diciembre anterior, que el informe del Banco de España se recibió el 28 de diciembre, siendo el siguiente día hábil el 2 de enero del 2013, fue imposible de todo punto que el se notificar y subsanar así como que finalizara toda la actuación debida a la recurrente antes del 3 de enero del 2013, fecha límite para su transformación, siendo dicho plazo sustantivo.

Sin que nos encontremos en el supuesto de que dicha transformación no se haya culminado por culpa imputable a la administración por desidia o retraso en la concesión de la autorización requerida para su inscripción, pues basta examinar los diferentes correos electrónicos, requerimientos sucesivos de subsanación, informes emitidos por diversos organismos administrativos desde que se recibe la solicitud y posteriormente desde que se recibió la escritura, para apreciar que no estamos ante un retraso por uso del plazo de los 6 meses concedidos en la legislación autonómica para aprobar dicha transformación, sino ante una falta de completar las actuaciones que incumbía efectuar a la recurrente para obtener todos los requisitos que le eran exigibles antes de la fecha tope, situación que a la vista de los informes que obran en el expediente administrativo no se produjo.

[...] Por otra parte no cabe hablar de que la administración haya actuado contra sus propios actos, en primer lugar por que no estamos ante el ejercicio de facultades discrecionales, sino regladas.

En segundo lugar, por cuanto no se aprecia dicha diferente actuación entre la resolución dictada para la Caja Insular que en el presente caso, pudiendo llevar a error, tal como señala la contestación de la demanda, los términos expresados, pero siendo el sentido idéntico al aquí recogido y con idéntico resultado.

Por otra parte la administración canaria no queda vinculada por la actuación de otras administraciones autonómicas, desconociendo, por otra parte, si se daba identidad de circunstancias.

La actuación examinada en el presente recurso viene avalada por la legislación aplicable y por la propia comunicación del Banco de España de 8 de enero del 2013, folio 1341 del expediente administrativo.

[...] Finalmente ha de indicarse en relación a la causa de inadmisibilidad planteada por la demandada, que si bien es cierto que no cabe entender que el presente recurso haya sido interpuesto por la Fundación Canaria de carácter especial CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS-FUNDACIÓN CAJACANARIAS), dado que no se llegó a constituir y por tanto carece de personalidad jurídica, sin que el ejercicio de la presente acción quede amparado en los antes transcritos artículos de la Ley de Fundaciones tanto canaria como estatal.

La propia parte demandada en el folio 15 de su demanda, admite que en virtud del principio pro actione, se reconozca legitimación activa a “quines fueron miembros del patronato de la que fue la Fundación Caja Canarias en proceso de formación”, y es dicha postura la que se ha estimado más conveniente por esta Sala a la hora de resolver el presente recurso, reconociendo, por tanto, la legitimación de quienes, en el proceso iniciado el 5 de diciembre del 2012, llevaron a cabo las actuaciones que han sido examinadas para obtener la transformación de la Caja de Ahorros en fundación de carácter especial.».

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el primer motivo de casación se denuncia que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias impugnada ha infringido el artículo 6 y la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

Se aduce, al respecto, que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación literal y errónea ceñida exclusivamente al plazo concedido en la norma para la transformación en Fundación de carácter especial, obviando cuestiones jurídicas de trascendental importancia que permiten una interpretación integradora con otras normas del ordenamiento jurídico.

Se alega que una vez que la Asamblea General de la Caja General de Ahorros de Canarias cumplió dentro de plazo el mandato legal de segregar la actividad financiera, renunciar a la consideración de entidad de crédito, y transformarse en Fundación de carácter especial, las normas aplicables son otras diferentes a las de reestructuración bancaria, pues el objeto jurídico perseguido por el Real Decreto-ley 11/2010 se habría logrado con esta actuación.

También se cuestiona, por errónea, la interpretación que realiza la sentencia impugnada del principio de irretroactividad de las normas, en relación con el análisis

que se hace del plazo concedido por la legislación para la transformación en Fundación de carácter especial, lo que le ha causado grave indefensión.

El segundo motivo de casación, se sustenta en la infracción de los artículos 5.2 y 13 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con los artículos 2.2, 5.4, 8 y 9.2 de la Ley 2/1998, de 6 de abril de Fundaciones de Canarias .

Se aduce que la sentencia impugnada no respeta el contenido esencial y la naturaleza de las fundaciones, regulado en las leyes propias de esta institución, lo que le obliga a exponer conceptos que no son estrictamente administrativos, reguladores del sector no lucrativo.

Se argumenta, tras exponer algunos aspectos de la naturaleza fundacional y social de las Cajas de Ahorros, que hay que encajar la transformación en fundación de carácter especial que ordena el Real Decreto-ley 11/2010, como la renuncia que la Caja de Ahorros tiene que hacer para dejar de ser operador financiero inscrito en el Banco de España, permitiendo a cambio continuar la ejecución de obras de carácter social, que, por su naturaleza, ya venía desarrollando.

Se cuestiona la declaración que se efectúa en el fundamento jurídico 4 de la sentencia recurrida, respecto de que la transformación no se ha llevado a cabo a la fecha de 3 de enero de 2013, al no haberse efectuado todas las actuaciones tendentes a dicha transformación, porque hay que tener en cuenta que no existe una norma de procedimiento que regule la transformación de una Caja de Ahorros en Fundación, y que no se puede desvirtuar jurídicamente contraviniendo la voluntad del fundador expresada en la Asamblea General de la Caja de Ahorros de Canarias.

El tercer motivo de casación se basa en la infracción de los artículos 42.4 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Se aduce que la sentencia recurrida vulnera estos preceptos pues la aplicación del plazo de cinco meses concedido por el Real Decreto-ley 11/2010, y del plazo de los seis meses para la obtención de la autorización del Gobierno de Canarias, no se han suspendido para recabar los preceptivos informes requeridos para la tramitación del expediente de autorización del Gobierno de Canarias, ni tampoco se ha suspendido el plazo para subsanar aquello que se considere incumplido por parte de Caja Canarias.

SEGUNDO.- Sobre el examen de los motivos de casación articulados en el recurso de casación.

El primer motivo de casación, fundamentado en el argumento de que la sentencia impugnada ha realizado una interpretación literal y errónea ceñida exclusivamente al plazo concedido en la norma para la transformación en Fundación de carácter especial, que infringe el artículo 6 y la disposición transitoria novena del Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurí-

dico de las Cajas de Ahorros (en la redacción introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito), no puede prosperar.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la Fundación recurrente, respecto de que la Caja General de Ahorros de Canarias culminó el proceso de transformación en Fundación de carácter especial CajaCanarias con la adopción de los Acuerdos aprobados en la Asamblea General de CajaCanarias, celebrada el 20 de diciembre de 2012 (en que se acordó la segregación de la actividad financiera de obra social y, en consecuencia, la renuncia a la condición de entidad de crédito y la transformación en Fundación sin ánimo de lucro, que ulteriormente fueron elevados a escritura pública, presentada en el registro), cumpliendo, así, dentro del plazo legal, los requisitos establecidos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, razón por lo que a partir de ese momento las normas aplicables son otras diferentes a las que regulan las reestructuraciones bancarias.

Cabe referir al respecto, que consideramos que el Tribunal de instancia no ha realizado una interpretación ilógica, irrazonable o arbitraria del artículo 6 y de la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010, al sostener, partiendo de la premisa de que el supuesto de hecho determinante de la obligación de transformación se había producido el 3 de agosto de 2012, y de que desde esa fecha debía computarse el plazo de cinco meses establecido en el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, que «a fecha de 3 de enero de 2013 no se habían efectuado todas las actuaciones tendentes a dicha transformación», por lo que no se había culminado el proceso de transformación de la Caja General de Ahorros de Canarias en Fundación de carácter especial, conforme a lo dispuesto en la Ley 10/2011, de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias, y en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

En este sentido, para sentar las pautas interpretativas que deben informar la aplicación de estas disposiciones, que se reputan infringidas por la sentencia de instancia, procede precisar el contexto jurídico y económico que determinó la aprobación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, y la ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

El Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, procede a reformar el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros con un objetivo de marcado interés público de tratar de dar respuesta a la situación de adversidad en que se encontraban dichas entidades financieras, debido al impacto negativo que en sus cuentas de resultados provocó la crisis

financiera internacional, acentuada por las dificultades para refinanciar el crédito asumido, derivado de una excesiva exposición al sector inmobiliario y de la construcción, que había afectado gravemente a su solvencia.

La reforma introducida por el legislador de urgencia en el modelo tradicional de Cajas de Ahorros persigue garantizar la permanencia de estas entidades de crédito y fortalecer su posición en el sector financiero al servicio de la economía productiva. Los pilares básicos de la reforma fueron afrontar la capitalización de las Cajas de Ahorros a través de la modificación del instrumento de las cuotas participativas, la modificación del régimen de gobierno corporativo de esas entidades mediante la profesionalización de sus órganos de gobierno, en aras de lograr una actuación en el mercado más eficiente y transparente, así como de preservar la obra social.

Se perseguía también, a través de esta reforma inaplazable, reordenar el sector de las Cajas de Ahorros fuertemente atomizado, con el objetivo de promover escenarios de concentración de las entidades preexistentes mediante estrategias de fusión y absorción, para hacer a las entidades resultantes más competitivas en el mercado crediticio, de modo que les permitiera afrontar los compromisos y obligaciones impuestos por el supervisor, derivados de la adquisición de aquellas Cajas de Ahorros que habían devenido tóxicas para el sistema financiero.

La implantación de este modelo se articula a través de dos vías alternativas cuyos objetivos esenciales se exponen en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio:

«(...) En el Título IV se diseña un nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro basado en una doble alternativa: el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria o la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito.

El primer modelo se describe en el artículo 5 e implica que la caja de ahorros, manteniendo su naturaleza jurídica, desarrolla su actividad financiera a través de una entidad bancaria. Esta entidad, que podrá utilizar en su denominación expresiones que la identifiquen con la caja de la que depende, habrá de estar controlada en al menos un 50% de los derechos de voto. De no ser así, la caja se vería obligada a renunciar a su condición de entidad de crédito y transformarse en fundación de carácter especial en los términos del artículo siguiente.

Este mismo ejercicio de actividad indirecta a través de un banco también se le permitirá a aquellas cajas de ahorros que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su actividad financiera a través de la entidad central de un SIP.

Por su parte, el artículo 6 se refiere a la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial a través de la segregación de su actividad financiera y benéfico-social, traspasando la primera a otra entidad de crédito a cambio de acciones y manteniendo la segunda como actividad central de la propia fundación.».

Por su parte, la Ley 9/2012 introduce modificaciones en el articulado y en el régimen transitorio del Real Decreto-ley 11/2010, con un propósito claro de impulsar el proceso de reestructuración de las Cajas de Ahorros y la transformación en Fundaciones de carácter especial.

Los cambios introducidos en el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010 y la adición de una nueva disposición transitoria novena son del siguiente tenor:

«(...) Tres. El artículo 6.2 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Junto con el acuerdo de transformación, la Asamblea General de la Caja, o la de las Cajas de manera conjunta, acordará la constitución de fundaciones de carácter especial, con aprobación de sus estatutos y designación de su patronato.

Cuando el hecho determinante de la obligación de la Caja a transformarse en fundación de carácter especial sea el establecido en las letras a) o c) del apartado 1, la transformación se producirá dentro del plazo de cinco meses desde el momento en que se produzca el hecho determinante de la disolución.

Transcurrido el plazo anterior sin que se haya ejecutado la citada transformación, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la Caja de Ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el protectorado correspondiente una comisión gestora de la fundación de carácter especial, a los efectos de aprobar los Estatutos, nombrar al patronato, fijar en su caso el régimen que corresponda para la amortización inmediata de las cuotas participativas que carezcan de derecho de voto y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa estatal y autonómica aplicable.

La segregación de la actividad financiera se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.»

Cuatro. Se añade una disposición transitoria que queda redactada como sigue:

«Disposición transitoria novena. Régimen transitorio de la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial.

1. Las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, estén incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial con independencia de que hayan solicitado la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito, contarán con el plazo que reste de los cinco meses a que se refiere el artículo 6.2 de este Real Decreto-ley a contar desde que hubiesen incurrido en dicha causa.

Por su parte, las Cajas de Ahorros que, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, lleven incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los cinco meses, quedarán automáticamente transformadas con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España

conforme al procedimiento previsto en el citado artículo 6.2 de este Real Decreto-ley.

2. El régimen previsto en el apartado anterior se aplicará igualmente a las Cajas de Ahorros que hayan iniciado el proceso de transformación en fundación de carácter especial.»».

La lectura de las previsiones contenidas en el artículo 6 y en la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010 (en la redacción introducida por la Ley 9/2012, que acabamos de transcribir), muestra que el designio del legislador es tratar de cerrar, en el tiempo menor posible, los procesos de transformación de aquellas Cajas de Ahorros, incursas en la causa legal de transformación, en Fundaciones de carácter especial, para lo cual se establecía, con carácter general, un plazo preclusivo de cinco meses, en el que las Cajas de Ahorros debían adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para llevar a cabo dicho proceso de transformación.

Se establece un régimen transitorio de aplicación a las entidades que a la entrada en vigor de la Ley 9/2012 estuvieran incursas en la causa legal de transformación, en que se prevé la disolución de todos los órganos de la entidad crediticia que no hubiere culminado el proceso de transformación. En este supuesto, los efectos jurídicos se producen *ope legis*, es decir, por imperativo legal, para no dilatar o diferir la implementación del nuevo régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

Por tanto, resulta incuestionable, a tenor de las disposiciones del Real Decreto-ley 11/2010 analizadas, que si los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros no han ejecutado en el plazo de cinco meses (o del plazo que reste desde la entrada en vigor de la Ley 9/2012) la transformación, se produce la disolución de todos los órganos de las Cajas de Ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el Protectorado correspondiente una Comisión gestora de la Fundación de carácter especial a los efectos de aprobar los Estatutos, nombrar el Patronato y adoptar cuantos actos sean necesarios para materializar dicha transformación dentro de la normativa estatal y autonómica aplicable.

En este sentido, cabe referir que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia 14/2015, de 5 de julio [sic], sobre la finalidad de la reforma del sistema financiero impulsada por el legislador estatal con el objetivo de paliar la crisis del sistema financiero, «cuyos destinatarios principales han sido las Cajas de Ahorros», y cuál ha sido el alcance de la reforma del régimen jurídico de estas entidades de crédito:

«[...] En el título IV del citado Real Decreto-ley 11/2010 se diseña un nuevo modelo organizativo de las cajas de ahorro basado en una doble alternativa: el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria o la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su

negocio a otra entidad de crédito. En el primer caso las cajas de ahorro desempeñaban su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria instrumental, al que se aportaba su negocio financiero, así como todos o parte de los activos no financieros adscritos al mismo. El segundo caso determinaba la transformación de las cajas de ahorro en fundaciones de carácter especial a través de la segregación de su actividad financiera y benéfico-social, traspasando la primera a otra entidad de crédito a cambio de acciones y manteniendo la segunda como actividad central de la propia fundación, sometidas al régimen jurídico general de esta institución con las especialidades previstas en el Real Decreto-ley 11/2010 y en las normas autonómicas de desarrollo del mismo.».

Por ello, consideramos que resulta plenamente acorde con una interpretación finalista o teleológica de lo dispuesto en el artículo 6 y la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010, y coherente con el principio de seguridad jurídica, que debe impregnar la aplicación de dichas disposiciones, el pronunciamiento del Tribunal de instancia que entiende que es conforme a Derecho la decisión del Gobierno de Canarias de declarar terminado el procedimiento de autorización instado por la Caja General de Ahorros de Canarias por pérdida sobrevenida del objeto del referido expediente, al haberse producido ope legis la transformación de dicha entidad financiera en Fundación de carácter especial el 3 de enero de 2013, en consonancia con la actuación del Banco de España, que anotó en el Registro especial de Cajas Generales de Ahorros Popular la baja por transformación en Fundación de carácter especial de la entidad Caja General de Ahorros de Canarias, con número de codificación 2412, al comprobar que la Caja General de Ahorros de Canarias no había llevado a cabo todas las actuaciones exigidas que eran necesarias para ejecutar y materializar dicho proceso de transformación

Procede, por tanto, rechazar el alegato de que el Tribunal de instancia hubiera realizado una interpretación inexacta del principio de irretroactividad de las normas, al considerar aplicable, en este supuesto, el régimen transitorio previsto en la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, introducida por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre .

El segundo motivo de casación, basado en la infracción de los artículos 4.2 y 13 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la Fundación recurrente, respecto de que la sentencia recurrida vulnera la normativa propia de las fundaciones, al sostener en el fundamento jurídico cuarto que «la transformación se ha llevado a cabo, puesto que a la fecha de 3 de enero de 2013 no se habían efectuado todas las actuaciones tendentes a dicha transformación», en cuanto -según se aduce- con esta declaración no se respeta el contenido esencial y la naturaleza jurídica de las fundaciones.

Cabe poner de relieve, al respecto, que en la formulación de este motivo de casación se insiste en el planteamiento de que la entidad Caja General de Ahorros de Canarias cumplió, en tiempo y forma, con el mandato legal de transformación de la entidad financiera en Fundación de carácter especial, así como en el argumento de que no era necesario que en el plazo legal de cinco meses previsto en el Real Decreto-ley 11/2010, deba obtener la preceptiva autorización del Gobierno de Canarias de transformación de la Caja de Ahorros en Fundación y se inscribiera la fundación en el Registro de Fundaciones.

Esta Sala, como se desprende de los precedentes razonamientos jurídicos expuestos en esta sentencia, no comparte estos argumentos.

Procede subrayar, al respecto, que el régimen jurídico de las Fundaciones de carácter especial se rige por la regulación contenida en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, por lo que hay que atender de forma prevalente al marco regulatorio de las Cajas de Ahorros, pues sólo resulta aplicable, a título de Derecho supletorio, la normativa en materia de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

Partiendo de este presupuesto jurídico acerca del régimen jurídico aplicable, no resulta irrazonable el pronunciamiento del Tribunal de instancia relativo a que no ha culminado el procedimiento de transformación de la Caja General de Ahorros de Canarias en Fundación de carácter especial, a pesar de haberse formalizado en escritura pública el 21 de octubre de 2012 la constitución de la Fundación Cajacanarias, al constatarse que no se habían cumplido, antes del 3 de enero de 2013, todas las actuaciones requeridas que eran exigidas para tener personalidad jurídica (obtención de la autorización del Gobierno de Canarias de transformación en Fundación de carácter especial, conforme a la Ley Canaria 10/2011, de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias, ni la inscripción en el Registro de Fundaciones).

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción de los artículos 42.4 y 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tampoco puede ser estimado.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la Fundación recurrente, respecto de que la sentencia impugnada vulnera dichos preceptos de carácter procedimental, al entender que se ha sobrepasado el plazo legal previsto para culminar el proceso de transformación en Función de carácter especial y no apreciar que el plazo de cinco meses establecido en el Real Decreto-ley 11/2010 debía haberse suspendido con el objeto de recabar informes preceptivos y poder subsanar aquello que se considerase incumplido.

Al respecto, procede volver a destacar la naturaleza singular del proceso de transformación de las Cajas de Ahorros (incursas en la causa legal a que alude el artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2011) en Fundaciones de carácter especial, así como el carácter preclusivo y perentorio del plazo de cinco meses previsto en dicha norma estatal, como aduce acertadamente el letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en su escrito de oposición.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los tres motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la FUNDACIÓN CAJACANARIAS contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 2015, dictada en el recurso contencioso-administrativo 88/2013».

ÍNDICE CRONOLÓGICO

<p>* <i>ATS de 24 de enero de 2018 (Civil) (JUR 2018, 31654)</i> Cooperativas: Responsabilidad del Presidente de Consejo Rector. Acción por daños: sociedad cooperativa que, ante la insuficiencia de los bienes para atender a todos sus acreedores, en lugar de proceder a la ordenada disolución de la sociedad y solicitar el concurso de ser necesario, procedió de manera irregular sin que se respetasen los criterios legales sobre procedencia entre acreedores y reparto igualitario de los bienes en función del importe de las deudas. Comportamiento del Consejo Rector y del demandado, en su condición de Presidente del mismo, que ha de calificarse como no ajustado al exigible a un buen y ordenado comerciante y debe considerarse como causa eficiente de que la entidad demandante no haya cobrado en todo o en parte su deuda.</p>	385
<p>* <i>STS num. 426/2018 de 16 marzo de 2018 (Cont.-Admvo.) (RJ 2018, 1291)</i> Fundaciones. Procedimiento de transformación de caja de ahorros en fundación de carácter especial: inexistencia de infracción del Real Decreto-Ley 11/2010 de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Inexistencia de infracción de Ley 50/2002 de Fundaciones.....</p>	423
<p>* <i>STS núm. 433/2018 de 24 de abril de 2018 (Social) (RJ 2018, 2006)</i> Despido-expulsión de socio de cooperativa de trabajo asociado. Formulada reclamación interna ante los órganos rectores frente a su expulsión, la presentación de la papeleta de conciliación previa no suspende el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción impugnatoria, al ser la conciliación previa innecesaria</p>	388
<p>* <i>STS núm. 549/2018 de 18 mayo de 2018 de (Social) (RJ 2018, 2747)</i> Cooperativa de trabajo asociado. Calificación como relación laboral de la prestación de servicios de transporte a través de la participación en una cooperativa de trabajo asociado, que carece de cualquier infraestructura propia y que se limita a ser la titular de la tarjeta de transporte y a formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, y es esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos</p>	396

- * STS núm. 1052/2018 de 19 de junio de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 3718)
Cooperativa y Defensa de la competencia: práctica concertada de boicot a empresa de transporte que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios 412
- * ATS de 26 de junio de 2018 (Social) (JUR 2018, 191177)
Cooperativas. Expulsión de socio trabajador de cooperativa declarada ajustada a derecho. Manifestaciones no amparadas en el derecho a la libertad de expresión..... 419