

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

16 JUNIO 2016 - 31 DICIEMBRE 2016

Jesús Olavarría Iglesia

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

** Índice sistemático*

I. Cooperativas

II. Sociedades Laborales

III. Asociaciones

IV. Fundaciones

V. Otras cuestiones de interés

** Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO*

I. COOPERATIVAS

SOCIOS

* STS num. 469/2016 de 12 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 3562)

Desvinculación de cooperativista de Cooperativa de vivienda. Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Responsabilidad por la omisión de la garantía de la sociedad mercantil gestora de la cooperativa. Una vez recuperadas por el cooperativista las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria 284

* STS de 24 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5639)

Derecho al reembolso de las participaciones sociales basado en la baja voluntaria y no tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no de la disolución de la cooperativa pactado en contrato de prestación de ayuda financiera mediante compra de títulos de participaciones sociales 311

ASAMBLEA GENERAL

* STS de 14 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2965)

No procede la caducidad de la acción de impugnación de Cooperativa de acuerdos de asamblea general al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo fijado por la ley aunque fuera ante tribunal territorialmente incompetente 296

* 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.

CONSEJO RECTOR / ADMINISTRACIÓN DE LA COOPERATIVA

* STS de 21 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5730)

Apoderamiento. Reconocimiento de deuda respecto de la liquidación final de una obra otorgado por 2 de los 3 apoderados mancomunados de una cooperativa, al que posteriormente en sede judicial prestó su conformidad el otro apoderado. El Tribunal Supremo declara que, en el caso, dicho reconocimiento de deuda debe ser ratificado, como "presupuesto ineludible", por la entidad representada (la Cooperativa), no siéndole vinculante en caso contrario 307

RÉGIMEN ECONÓMICO

* STS de 24 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5639)

Contrato de prestación de ayuda financiera mediante compra de títulos de participaciones sociales. Derecho al reembolso de las participaciones sociales basado en la baja voluntaria y no tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no de la disolución de la cooperativa pactado en aquel contrato 311

RÉGIMEN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

* STS num. 934/2016 de 8 de noviembre de 2016 (Social) (RJ 2016, 5745)

Legitimidad de una asociación de empresas cooperativas, que además constituyen un grupo cooperativo para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito. La asociación de empresas demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuya licitud no ha sido impugnada; estando legitimada para negociar el convenio colectivo porque si bien es un grupo empresarial, no hay ni caja única con permeabilidad operativa y contable, ni confusión patrimonial, teniendo en cuenta la configuración de los SIP (Sistema Institucional de Protección) por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito: "no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido". Inexistencia de grupo patológico de empresas 298

* STS de 22 de noviembre (Social) (RJ 2016, 6089)

Pensión de vejez (SOVI): responsabilidad de la cooperativa obrera por la falta de cotización de una cooperativa obrera por la prestación de sus socios trabajadores, no constando la opción por la Mutualidad de trabajadores autónomos 311

AYUDAS

* STS num. 2408/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6375)

* STS num. 2409/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6377)

* STS num. 2410/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6445)

La excepción a las cooperativas segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas de los límites de las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el Real Decreto 1079/2014, no se puede considerar que suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. La diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que se considere tal distinción como arbitraria y discriminatoria 303

COOPERATIVAS AGRARIAS

* STS num. 2408/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6375)

* STS num. 2409/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6377)

* STS num. 2410/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6445)

La excepción a las cooperativas segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas de los límites de las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el Real Decreto 1079/2014, no se puede considerar que suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. La diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que se considere tal distinción como arbitraria y discriminatoria 303

COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

* STS num. 468/2016 de 7 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2898)

Aplicación a las **cooperativas de viviendas** de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Responsabilidad de la entidad bancaria receptora de las cantidades a cuenta, por no exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía. En este caso el Tribunal reconoce la responsabilidad de la entidad bancaria pese a que la cuenta no tenía la consideración de especial, siendo suficiente con que dicha cuenta recibiera los anticipos de los cooperativistas. No responde en cambio por este concepto la entidad financiadora de la promoción, ni aquella que pudiera recibir con posterioridad los fondos constituidos por las aportaciones de los cooperativistas 283

* STS num. 469/2016 de 12 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 3562)

Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. La garantía de devolución de las cantidades anticipadas constituye un derecho irrenunciable aplicable también en beneficio de los cooperativistas de viviendas, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación. Cuando, como en caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado. Una vez recuperadas por el cooperativista las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria

.....284

COOPERATIVAS DE CRÉDITO

* STS num. 934/2016 de 8 de noviembre de 2016 (Social) (RJ 2016, 5745)

Legitimidad de una asociación de empresas cooperativas, que además constituyen un grupo cooperativo para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito. La asociación de empresas demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuya licitud no ha sido impugnada; estando legitimada para negociar el convenio colectivo porque si bien es un grupo empresarial, no hay ni caja única con permeabilidad operativa y contable, ni confusión patrimonial, teniendo en cuenta la configuración de los SIP (Sistema Institucional de Protección) por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito: “no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido”. Inexistencia de grupo patológico de empresas

298

COOPERATIVAS DE SEGUNDO GRADO

* STS num. 2408/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6375)

* STS num. 2409/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6377)

* STS num. 2410/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6445)

La excepción a las cooperativas segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas de los límites de las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el Real Decreto 1079/2014, no se puede considerar que suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. La diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que se considere tal distinción como arbitraria y discriminatoria 303

GRUPOS COOPERATIVOS

* STS num. 934/2016 de 8 de noviembre de 2016 (Social) (RJ 2016, 5745)

Legitimidad de una asociación de empresas cooperativas, que además constituyen un grupo cooperativo para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito. La asociación de empresas demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuya licitud no ha sido impugnada; estando legitimada para negociar el convenio colectivo porque si bien es un grupo empresarial, no hay ni caja única con permeabilidad operativa y contable, ni confusión patrimonial, teniendo en cuenta la configuración de los SIP (Sistema Institucional de Protección) por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito: “no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido”. Inexistencia de grupo patológico de empresas 298

II. SOCIEDADES LABORALES

* STS num. 665/2016 de 14 julio (Social) (RJ 2016, 4085)

Prestación de desempleo de quien simultanea cargo societario, por el que no percibe retribución, y trabajo ordinario y retribuido para la propia entidad. Inexistencia de contradicción a efectos del recurso por unificación de doctrina, por existir una diferencia fáctica que comporta la aplicación de normas distintas; en un caso se trata de una sociedad limitada laboral y en otro de una sociedad ordinaria. Desempeñar un cargo gerencial en sociedad de capital común es distinto a hacerlo en una compañía mercantil de carácter laboral. Se trata de dato fáctico que posee trascendencia pues arrastra consigo la aplicación de normas con contenido heterogéneo. Desde tiempo atrás la Sala viene llamando la atención sobre la diferencia que surge en función del tipo de sociedad por cuya cuenta se trabaja 316

III. ASOCIACIONES

DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA

* STS num. 1856/2016 de 19 julio de 2016 (Cont.-admvo.) (RJ 2016, 4389)

Revocación improcedente de la declaración de utilidad pública de asociación al faltar la acreditación por la Administración de que los fines de la asociación hayan dejado de estar afectos a la promoción del interés general, cuando su actividad que no ha variado desde su fundación 321

MARCAS Y ASOCIACIONES

* STS num. 2393/2016 de 8 noviembre de 2016 (Cont.-admvo.) (RJ 2016, 5816)

Inscripción improcedente de marca de asociación («APAF-Asociación Profesional de Administradores de Finca»). Incurre en varias prohibiciones absolutas. Los vocablos utilizados son genéricos y sin fuerza identificadora induciendo al destinatario a error de que los servicios prestados por dicha empresa se corresponden con la actividad profesional y colegiada de los administradores de fincas y que los presta precisamente la asociación oficial (Colegio Oficial de Administradores de Fincas) que representa a ese colectivo 327

OTRAS CUESTIONES

* STS num. 531/2016 de 14 septiembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 4110)

Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias, el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC 324

* STS núm. 463/2016 de 7 julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2893)

Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias, el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC 321

IV. FUNDACIONES

* STS num. 590/2016 de 30 junio de 2016 (Social) (RJ 2016, 3598)

Fundación Laboral. No es lícito el establecimiento de aportaciones obligatorias (0,10% de la base de cotización de contingencias comunes) de los trabajadores para la financiación de la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo creada en el propio Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, sin que exista precepto legal que autorice ese desplazamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores/s afectados por el acuerdo 331

* *ATS de 30 junio 2016 (Social) (JUR 2016, 256155)*

Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público..... 339

* *ATS de 13 septiembre 2016 (Social) (JUR 2016, 217323)*

Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público.
Criterios para adscribir al sector público a fundaciones privadas..... 341

V. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

CLÁUSULAS SOCIALES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

* *STS num. 1301/2016 de 2 junio de 2016 (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 3481)*

No procede nulidad de la Norma Foral de las Juntas Generales de Guipúzcoa 4/2013, de 17 julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral 347

I. COOPERATIVAS

* STS num. 468/2016 de 7 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2898)

Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán

Resumen: *Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley derogada, estando ahora dicha materia regulada en la Disp. Ad. 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). Responsabilidad de la entidad bancaria receptora de las cantidades a cuenta, por no exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía. En este caso el Tribunal reconoce la responsabilidad de la entidad bancaria pese a que la cuenta no tenía la consideración de especial, siendo suficiente con que dicha cuenta recibiera los anticipos de los cooperativistas (STS 733/2015, de 21 de diciembre, 174/2016, de 17 de marzo y 226/2016, de 8 de abril). No responde en cambio por este concepto la entidad financiadora de la promoción, ni aquella que pudiera recibir con posterioridad los fondos constituidos por las aportaciones de los cooperativistas (STS Pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015).*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO, (...) el único motivo admitido de la otra demandada-recurrente, Liberbank S.A., consiste en si esta entidad de crédito (antes Caja de Ahorros de Santander y Cantabria), acreedora hipotecaria de la cooperativa de viviendas también demandada pero no receptora directa de las cantidades anticipadas por los cooperativistas, que se ingresaban en la cuenta no especial y no garantizada que la cooperativa tenía abierta en CaixaBank S.A. (antes Caja de Burgos), debe responder o no, solidariamente con esta última y frente a los cooperativistas demandantes, de las cantidades anticipadas por estos, dado que la cooperativa no llegó a buen fin.

SEGUNDO. El desarrollo argumental del motivo, fundado esencialmente en infracción del art. 1 de la hoy derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), con interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, consta de dos apartados: en el primero se niega cualquier responsabilidad de la entidad bancaria si la cuenta en la que se ingresan las cantidades anticipadas no es la especial de la Ley 57/1968 y no está garantizada; y en el segundo se niega la responsabilidad de la recurrente por no haber sido la receptora directa de las cantidades anticipadas, que se ingresaban por los cooperativistas en una cuenta de la cooperativa en la otra entidad de crédito demandada (CaixaBank

S.A.) pero luego eran traspasadas a una cuenta abierta en la entidad de crédito recurrente, acreedora hipotecaria de la cooperativa para financiar la construcción.

TERCERO. Pues bien, como quiera que esta sala ya se ha pronunciado sobre esos dos grupos de razones, el motivo ha de ser estimado por el segundo grupo, no por el primero.

La exención que se pretende por no ser especial la cuenta ni estar garantizada ya ha sido rechazada por la siguiente doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de esta sala 733/2015, de 21 de diciembre, y reiterada en las sentencias 174/2016, de 17 de marzo, y 226/2016, de 8 de abril: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

En cambio, el segundo grupo de razones coincide con las que determinaron la estimación del recurso de Liberbank S.A. por la sentencia de Pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015, según la cual el art. 1 de la Ley 57/1968 «impone obligaciones a la entidad financiera a través de la cual la promotora percibe los anticipos de los adquirentes, pero no se refiere a la entidad financiadora de la promoción ni a aquellas entidades de crédito que pudieran percibir los fondos posteriormente».

En definitiva, el presente recurso debe ser estimado por las mismas razones que determinaron la estimación de aquel otro interpuesto por la misma entidad».

*** STS num. 469/2016 de 12 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 3562)**

Ponente: Francisco Marín Castán

Resumen: *Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley derogada, estando ahora dicha materia regulada en la Disp. Ad. 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). La garantía de devolución de las cantidades anticipadas constituye un derecho irrenunciable aplicable también en beneficio de los cooperativistas de viviendas, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación. Cuando, como en caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas*

y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado. Una vez recuperadas por el cooperativista las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO, *Cuestión jurídica planteada.*

La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación por interés casacional consiste, esencialmente, en si quien anticipa cantidades para adquirir una vivienda en régimen de cooperativa puede resolver el contrato de incorporación a la entidad por incumplir la cooperativa las obligaciones legales que se imponían al promotor en la por entonces en vigor Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), en particular la obligación de garantizar mediante aval o seguro la devolución de las cantidades anticipadas que aquí se reclaman, o si, por el contrario, y como entendió el tribunal de segunda instancia para desestimar la demanda, la cualidad de socio le somete al procedimiento estatutario de baja voluntaria de la cooperativa.

SEGUNDO. *Hechos probados.*

Para la decisión del recurso debe partirse, en síntesis y por lo que ahora interesa, de los siguientes datos, incluyendo los hechos probados contenidos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida:

1.- Mediante documento de 1 de febrero de 2008, denominado «Plan de Vivienda Azerca», la demandante y hoy recurrente D.^a Adelaida se inscribió en dicho plan y, para su incorporación preferente como socia a alguna de las cooperativas gestionadas por Azerca Gestora de Cooperativas S.L. en la comunidad de Madrid, entregó a esta gestora la cantidad de 1.000 euros.

El 7 de febrero de 2008 la misma sociedad gestora expidió a favor de D.^a Adelaida un documento privado de «preinscripción n.º 26 de pre-socio» en el que se hacía constar que la Sra. Adelaida entregaba a la entidad Parque Móstoles El Soto, S. Coop. Mad, la suma de 3.000 euros (1.000, que se aportaban en su nombre por la gestora cancelando el depósito realizado el 1 de febrero y otros 2.000 en el acto) para su incorporación a la citada cooperativa como «socio» por estricto orden del número de pre-inscripción.

La cooperativa, constituida ante notario el 9 de enero de 2008, estaba promoviendo la construcción de 106 Viviendas de Protección Pública Limitada, así como otros tantos trasteros, 207 garajes y zonas comunes, en la parcela SP-1, de la Manzana

PRP-1, del Plan Parcial 7 de Móstoles (Madrid), siendo entidad gestora la mercantil primeramente mencionada. Según el documento de 7 de febrero de 2008, el número de orden de pre-socio daba derecho a su titular a conocer el proyecto y a elegir vivienda con preferencia frente a pre-socios con número de orden posterior, eligiendo y reservándose la Sra. Adelaida la vivienda del portal NUM000, piso NUM001, a la que correspondían como anejos dos plazas de garaje y un trastero. A la formalización del contrato de inscripción sería cuando la cooperativa detallaría los pagos a abonar mediante recibos girados a la cuenta de dicha cooperativa n.º NUM005. La pre-inscripción tenía una validez de 30 días, debiendo acudir en ese plazo para su formalización a las oficinas de la cooperativa.

2.- El 18 de marzo de 2008 se suscribió el documento privado denominado «contrato de inscripción», en el que se centra el presente litigio, entre, de una parte, D.ª Adelaida (denominada «socio») y, de otra, «la cooperativa», representada por la gestora. De su contenido cabe destacar, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

-El socio declaraba conocer y aceptar que a la fecha del contrato no constaba presentada la correspondiente «Licencia de Obra Mayor al Ayuntamiento de Móstoles», ni la «Solicitud de Calificación Provisional ante la Consejería de Arquitectura y Vivienda de la Comunidad de Madrid», estando prevista en ambos casos su presentación «tan pronto lo permita la situación urbanística y jurídica de la parcela» (expositivos V y VI).

-El socio solicitaba su incorporación declarando conocer y aceptar «los Estatutos Sociales» y manifestando reunir los requisitos exigidos para ser admitido como socio y para adquirir una de las viviendas de protección pública de precio limitado objeto de promoción (expositivo VII).

-El socio mostraba su interés en adquirir la vivienda portal NUM000, piso NUM001, y los anejos vinculados, plazas de garaje números NUM002 y NUM003 y trastero número NUM004, y declaraba conocer la escritura de fundación y los estatutos, que aceptaba en su totalidad, siendo en ese momento advertido de que «no podrá darse de baja de la Cooperativa ni de su promoción, salvo en las condiciones y términos previstos en los citados estatutos» (cláusula tercera).

-Para hacer frente al coste aproximado de las edificaciones y demás costes complementarios del total de la promoción, el socio se obligaba a abonar, mediante aportaciones al capital de la cooperativa, las cantidades que figuraban en el «Documento Anexo» al contrato, «así como las que puntualmente se aprueben y regularicen por la Junta General y/o por el Consejo Rector» (cláusula cuarta).

-La cooperativa se comprometía a entregar la vivienda y las llaves al socio en el plazo de tres meses siguientes a la calificación definitiva, a otorgar escritura pública de la vivienda en el plazo de los tres meses siguientes a poseer dicha calificación defi-

nitiva y a gestionar el crédito hipotecario y/o la financiación necesaria para afrontar el coste de la promoción (cláusula quinta).

-El socio declaraba conocer las obligaciones, limitaciones y prohibiciones vinculadas a una vivienda de protección pública de precio limitado, comprometiéndose a cumplirlas y respetarlas. El contrato (cláusula sexta) reproducía literalmente el contenido de los arts. 2.2, 4, 8, 13 del Decreto 11/2005, de 25 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid (BOCM 14 de febrero de 2005, en vigor el 15 de febrero de 2005) y el art. 8 del Decreto 12/2005, de 27 de enero, por el que se regulan las ayudas económicas a la vivienda en la Comunidad de Madrid (BOCM 14 de febrero de 2005, en vigor el 15 de febrero de 2005).

En documento anexo al contrato:

-El socio autorizaba a la cooperativa, para caso de baja de algún socio con número anterior, a que pudiera ser adjudicada a cualquier pre-inscrito según lo establecido en los estatutos.

-El socio se daba por enterado de que, en caso de solicitar la baja, y de acuerdo con el art. 14 de los estatutos sobre «Consecuencias de la baja», «la devolución de mis aportaciones al Capital Social, así como cualquier otra cantidad entregada por mí, para financiar el pago de las viviendas y anejos, me serán reembolsadas en el momento en que sea sustituido en mis derechos y obligaciones por otro socio o dentro del plazo que marca los estatutos, en la cuantía que corresponda».

-El socio se obligaba a aportar «inicialmente» al capital social de la cooperativa la suma de 163.657 euros, desglosada conforme al siguiente plan: 3.000 euros se tenían por aportados con anterioridad; 22.573,79 euros se aportaban en el propio acto de la firma de este contrato de inscripción, sirviendo su anexo de carta de pago; 14.345,21 euros se aportarían en veinticuatro mensualidades de 573,79 euros cada una, a abonar en los cinco primeros días de cada mes siendo la primera mensualidad en abril de 2008 y la última en marzo de 2010, más una cantidad de 574,25 euros a pagar en los cinco primeros días de abril de 2010, indicándose el número de cuenta en la que el socio autorizaba cargar los recibos; 10.000 euros en cuatro mensualidades de 2.500 euros cada una, a abonar los días veinte de cada mes de julio y diciembre de 2008 y 2009 mediante recibos que se girarían con cargo a la misma cuenta; y 113.738 euros que se aportarían a la entrega de la vivienda mediante subrogación en el crédito hipotecario a la construcción o con otra financiación que en su caso necesitara el socio para esta aportación.

3.- La Sra. Adelaida satisfizo la suma total de 42.254,43 euros hasta el mes de agosto de 2008: los 1.000 euros más los 2.000 euros ya referidos antes de la firma del contrato; los 22.573,79 euros también referidos al firmar el contrato; dieciséis

mensualidades de 573,79 euros cada una desde abril de 2008 hasta junio de 2009; y tres pagos de 2.500 euros cada uno en julio de 2008, diciembre de 2008 y julio de 2009.

TERCERO. *Desarrollo del litigio en ambas instancias.*

1.- Con fecha 30 de julio de 2010, sin haber llegado a iniciarse la construcción, la Sra. Adelaida formuló demanda contra la cooperativa y su gestora interesando la resolución, y subsidiariamente la nulidad, del citado contrato, que calificaba como «contrato de compraventa de vivienda sobre plano», así como la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, es decir 42.254,43 euros más intereses, todo ello con fundamento en el incumplimiento de obligaciones esenciales asumidas por la cooperativa y la gestora demandadas, en concreto por no garantizar (mediante aval o seguro) la restitución de las referidas sumas conforme a lo exigido por la Ley 57/1968, por no fijar un plazo de entrega (defecto que a su juicio habría de conllevar la nulidad contractual) y, en fin, por incumplir el RD 515/1989 en cuanto al deber de información al consumidor en la adquisición de viviendas. Afirmaba que entre ambas entidades existía una total interrelación hasta el punto de tener el mismo domicilio social.

2.- La cooperativa demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la demandante solo pretendía desligarse de la cooperativa y recuperar la totalidad de las aportaciones obviando los cauces estatutarios; que el contrato no era una compraventa sino un contrato de inscripción; que dicho contrato no era nulo sino válido; que las aportaciones económicas de los socios no eran parte anticipada del precio; que en atención a la naturaleza del contrato, no regía para la cooperativa la obligación de avalar o asegurar la devolución de las cantidades entregadas según Ley 57/1968, ni la obligación de fijar un plazo de entrega; que la información suministrada al cooperativista fue la propia del contrato celebrado, no siendo tampoco de aplicación el RD 515/1989; y por último, que la coincidencia en el domicilio social no suponía que ambas entidades fueran la misma o que estuviera interrelacionadas.

También se opuso a la demanda la sociedad gestora codemandada, alegando, en síntesis, que el contrato no era una compraventa sino un contrato de incorporación a la cooperativa; que por ello la demandante no era compradora sino promotora en calidad de socia cooperativista; que las aportaciones de la demandante se ingresaron en una cuenta de exclusiva titularidad de la cooperativa codemandada; que ningún seguro o aval podía exigírsele a la gestora; que al no ser una compraventa, la demandante no podía resolver el contrato, estando obligada a respetar los cauces estatutarios para darse de baja; que remitió la comunicación de resolución contractual al consejo rector de la cooperativa, quien decidió que se trataba de una baja no justificada; y en fin, que ninguna relación existía entre ambas entidades.

3.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró resuelto el contrato de 18 de marzo de 2008 y condenó solidariamente a las demandadas a devolver la cantidad reclamada más intereses legales desde su pago y procesales desde la fecha de la propia sentencia. Sus razones (con apoyo en numerosas sentencias de Audiencias Provinciales) fueron, en síntesis y en lo que ahora interesa, las siguientes: a) en la demanda se ejercitaba una acción de resolución de contrato de compraventa de vivienda, y de reclamación de las cantidades anticipadas más sus intereses legales, fundándose esencialmente la compradora en el incumplimiento del plazo de entrega (que según dicha parte debería haberse producido en noviembre de 2008); b) con respecto a la fecha de entrega, había que partir de que en la Ley 57/1968 el plazo de entrega se contempla como esencial, además de que los contratos celebrados entre una promotora y un consumidor son contratos de adhesión sometidos al régimen del art. 85 LDCU, según el cual es abusiva toda cláusula que suponga la consignación de fechas de entrega meramente indicativas, condicionadas a la voluntad del empresario predisponente, recayendo en este las consecuencias de la falta de entrega en plazo con licencia de primera ocupación; c) la doctrina se encuentra dividida en torno a la posible aplicación de dicha normativa a las cooperativas, pero la Audiencia Provincial de Madrid se ha pronunciado favorablemente en varias sentencias (se citan las de 23 de enero de 2012 y 25 de octubre de 2011) según las cuales el socio cooperativista no deja de ser un consumidor, por lo que sigue teniendo derecho a que, según el art. 1 Ley 57/1968 tras su reforma por la d. adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), las cantidades entregadas a cuenta del precio sean avaladas o aseguradas por la cooperativa promotora, siendo compatible esta obligación con la obligación de restitución a que se refiere el art. 88.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, ya que esta última se contempla para el caso de que proceda la baja del socio y no como consecuencia del incumplimiento por la cooperativa de una de sus obligaciones, como es la de constituir el aval; d) por tanto, aunque la acción de resolución no era el cauce adecuado para que la socia pudiera darse de baja de la cooperativa, en cambio dicha acción de resolución sí resultaba procedente en casos como este en el que la cooperativa había incumplido sus obligaciones, en concreto la de garantizar la restitución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio (pues admitió que lo intentó, aportando correos electrónicos y actas de asambleas que demuestran que así fue, y, por ende, que era consciente de que tenía esa obligación), además de incumplir también la obligación de fijar un plazo de entrega, pues en el contrato de 18 de marzo de 2008 y su anexo no se fijó ninguna fecha ni plazo, ni siquiera por aproximación, de inicio de la construcción y de entrega; e) el contrato no era una compraventa, pero eso no obstaba a la aplicación de la referida normativa de la Ley 57/1968 ni a la esti-

mación de la acción resolutoria deducida en la demanda por el incumplimiento antes mencionado de la obligación de garantía; f) subsidiariamente, procedería declarar la ineficacia del contrato por haberse omitido intencionadamente la fijación de una fecha de inicio de la construcción y de entrega de la vivienda; y g) aunque la gestora no era promotora ni tenía obligación de suscribir los avales, tratándose de un ente con personalidad jurídica propia y distinta de la sociedad cooperativa, sin embargo le alcanzaba una responsabilidad solidaria por los amplísimos poderes que le concedió la cooperativa y por la confusión que su actuación en ese marco generó a la demandante.

4.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de las entidades demandadas, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. En síntesis, y en lo que ahora interesa, razona lo siguiente: a) la sentencia apelada no adolece de los vicios de incongruencia y motivación alegados por la cooperativa apelante; b) en relación con la interpretación del contrato, a pesar de alguna contradicción (por referirse al contrato como de compraventa en el fundamento de derecho primero y en la rúbrica del segundo), la sentencia apelada calificó acertadamente el contrato como «de inscripción» en la cooperativa (folios 385 y 386 de las actuaciones de primera instancia), no llevando razón la parte demandante al calificarlo como «compraventa de vivienda sobre plano» o «adquisición de vivienda sobre plano»; c) en atención a dicha naturaleza, no son de aplicación al contrato las normas rectoras de la compraventa de vivienda, pues aunque el propósito del socio sea adquirir una vivienda, no es una persona ajena a la cooperativa y las cantidades que abona se corresponden con la distribución entre los cooperativistas de los costes de edificación; d) tampoco la incorporación a una cooperativa es un acto de consumo (se citan y extractan las SSAP Madrid, sección 28.ª, de 30 de marzo de 2006 y 15 de noviembre de 2007); e) de acuerdo con la disposición adicional 5.ª, apartado 2, de la Ley 27/1999, de Cooperativas, las entregas de bienes realizadas por las cooperativas no tienen la consideración de ventas; f) por todo lo anterior, una cooperativa de viviendas no puede someterse a la LDCU ni al RD 515/1989, ya que el marco normativo que rige la relación entre las partes lo conforma lo dispuesto en los estatutos y en el art. 23 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; y g) en conclusión, el contrato objeto de litigio no fue una compraventa sino un contrato de incorporación a un ente asociativo para la construcción de viviendas en régimen de autopromoción con el fin de adjudicárselas al término del proceso edificatorio, razón por la cual, aunque la cooperativa sea promotora y esté sujeta a las garantías y al régimen de responsabilidad que establece el art. 17.3 de la LOE así como lo dispuesto en su d. adicional 1.ª en cuanto a la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a la cooperativa como coste de adjudicación de la vivienda,

sin embargo el incumplimiento de esta obligación no puede dar lugar a la resolución contractual, «sin perjuicio de las facultades que asisten al socio para pedir la baja con justificación de dicho incumplimiento» (en apoyo de este razonamiento se cita y extracta la SAP, Gran Canaria, sección 5.ª, de 7 de septiembre de 2012).

5.- Esta última sentencia ha sido recurrida en casación por la demandante al amparo del art. 477.2-3.º LEC, por interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales.

CUARTO.- *Fundamentos del recurso y de la oposición al mismo.*

1.- Con la estructura propia de un escrito de alegaciones, el recurso se funda en la existencia de doctrina contradictoria tanto sobre la posibilidad de aplicar al contrato de inscripción en una cooperativa de viviendas la normativa de protección de los consumidores y usuarios (apartado I) como sobre la cuestión de si cabe pedir su resolución al amparo del art. 1124 CC, así como la devolución de las cantidades entregadas, con fundamento en el incumplimiento de la cooperativa de la Ley 57/1968 (entre otras), frente a la postura contraria que aboca al socio necesariamente al proceso de baja fijado en los estatutos (apartado II).

Respecto de la primera cuestión, para justificar el interés casacional invocado se citan, a favor de la aplicación de la normativa de consumidores, las SSAP Burgos, sección 3.ª, de 15 de julio de 1998 y 11 de mayo de 2007, así como la SAP Valencia, sección 7.ª, de 5 de diciembre de 2011, y SAP Coruña, sección 3.ª, de 30 de marzo de 2010; y en sentido desfavorable a su aplicación, además de la sentencia que se recurre, la SAP Madrid, sección 21.ª, de 4 de octubre de 2011, la SAP Madrid, sección 12.ª, de 14 de febrero de 2011, y la SAP Madrid, sección 28.ª, de 30 de septiembre de 2013.

Respecto de la segunda cuestión se citan, en sentido contrario al de la sentencia recurrida -es decir, favorable a permitir la resolución del contrato de incorporación a una cooperativa de viviendas por incumplimiento de la cooperativa de sus obligaciones legales, con devolución de las sumas satisfechas por el socio- las SSAP Burgos, sección 3.ª, de 11 de mayo de 2007 y 3 de mayo de 2011; Valencia, sección 7.ª, de 5 de diciembre de 2011, y A Coruña, sección 3.ª, de 30 de marzo de 2010. Y con el mismo criterio que la sentencia recurrida, además de esta, las SSAP Las Palmas, sección 5.ª, de 19 de julio de 2010 y de 7 de septiembre de 2012 y SAP Madrid, sección 21.ª, de 26 de febrero de 2013.

Al desarrollar las cuestiones controvertidas, la parte recurrente se limita a reproducir un breve extracto de la fundamentación jurídica de las sentencias citadas y a reiterar en esencia los argumentos de su demanda, insistiendo en que, al margen de su denominación, nos encontramos ante un contrato de adquisición de vivienda (término que asegura que fue el que utilizó la demandante-recurrente tanto en el

documento de resolución extracontractual como en las peticiones de la demanda) sometido a los artículos 1124 y 1256 CC, a la Ley 57/1968, a la LDCU y al RD 515/1989, siendo consecuencia de este régimen jurídico que la adquirente pueda resolver el contrato (como así entendió la sentencia de primera instancia, que lo declaró «resuelto») y obtener la restitución de las cantidades aportadas una vez acreditado que la cooperativa incumplió sus obligaciones, en concreto la de fijar un plazo de entrega y la de garantizar mediante aval u otro tipo de garantía la devolución de las cantidades anticipadas, de conformidad con los arts. 1, 2 y 7 de la Ley 57/1968, vigente según la disposición adicional primera de la LOE -que declara su expresa aplicación a toda clase de promoción de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de sociedad cooperativa, sin tener que someterse a un proceso estatutario de baja voluntaria-. En esta línea de ratificar los argumentos de su demanda, alega que la indeterminación de la fecha de entrega vulnera los arts. 1256 y 1258 CC, así como el 85 LDCU, y constituye una cláusula abusiva, determinante de la nulidad del contrato; que igualmente el contrato sería nulo por infracción sistemática del RD 515/1989 en cuanto a la información que debía suministrarse a la adquirente; y, en fin, que la responsabilidad por dichos incumplimientos afecta solidariamente a las dos entidades demandadas, en particular a la gestora -por «el papel principal director que ha tenido en todo momento en las ilegalidades fraudulentas cometidas», por «dolo contractual» y «en todo caso, por la responsabilidad como mandatario que exigía los artículos 1725 y 1726 del Código Civil»-.

2.- En trámite de oposición la cooperativa ha alegado que no existe contradicción doctrinal porque los casos resueltos por las sentencias citadas en el recurso no guardan relación con el presente caso y, así, las sentencias de las Audiencias de Madrid y Las Palmas distinguen acertadamente el momento del proceso constructivo, de manera que solo procedería la resolución al final del proceso, cuando la vivienda estuviese finalizada y se hubiera firmado por el cooperativista el contrato de adjudicación y la entrega se retrasara, pero no en casos como el presente en los que el cooperativista no celebró un contrato de compraventa de vivienda sino que suscribió su incorporación a la cooperativa (contrato de inscripción), sin que el proceso constructivo se hubiera iniciado; que al tratarse de un contrato de inscripción del socio en la cooperativa y no haberse iniciado el proceso edificatorio no procedía la prestación de garantías; que según la legislación aplicable a las cooperativas, las aportaciones de los socios no son ventas, lo que excluye la aplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios; que en ningún momento la demandante-recurrente dejó de pagar por ausencia de garantías, ya que en el burofax enviado por ella no se aludió a la falta de garantías, por lo que fue contestado el 17 de diciembre de 2009 calificando su baja de voluntaria no justificada (con un plazo de tres años para el reembolso y

una deducción del 20%, según el art. 14 de los estatutos); que es verdad que las viviendas no se han construido, pero esta situación afecta a todos los cooperativistas que no han pedido la baja; que no existe doctrina contradictoria en torno a la aplicación de la normativa de consumidores a los socios cooperativistas ni en torno a la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cooperativa, ya que la cualidad de socio le somete al proceso marcado en los estatutos, pues sus aportaciones y cuotas aplazadas no son parte del precio, y en este caso no se trató de una venta de vivienda, sino de un contrato de inscripción para la incorporación a la cooperativa.

3.- Por su parte, la entidad gestora se ha opuesto aduciendo, en síntesis, que no existe interés casacional acerca de la aplicación de la normativa de consumidores a los socios cooperativistas -pues las sentencias citadas se refieren a casos distintos y no aplican dicha normativa a un contrato semejante, de inscripción o incorporación a una cooperativa y no de compraventa o adjudicación de viviendas-, ni acerca de la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cooperativa, pues la doctrina citada se refiere a una condición de adquirente que no tenía la recurrente, que solo se inscribió en la cooperativa y por tanto no realizó acto de consumo, sino un acto de tipo asociativo, en nada equiparable a una compraventa. Añade que ninguna responsabilidad cabe exigir a la gestora, ni contractual ni extracontractual, por ser independiente de la cooperativa y tener unas facultades limitadas -que no comprendían la disposición ni la contratación- que no le daban acceso a las sumas o aportaciones de los cooperativistas -las cuales, como capital social, solo correspondían a la cooperativa en cuanto a su gestión y disposición, estando ingresadas al efecto en una cuenta titularidad de la cooperativa -, de tal forma que la única responsabilidad de la gestora derivaría del contrato de prestación de servicios con la cooperativa pero no del contrato de inscripción suscrito por la recurrente, que lo fue entre esta y la cooperativa, siendo innegable su esfuerzo en buscar financiación y en la obtención de los avales.

QUINTO. *Interés casacional del recurso.*

Planteado el debate casacional en los términos anteriormente expuestos, (...), lo que debe resolver esta sala es si, con independencia de la calificación de la relación de la demandante-recurrente con la cooperativa y la gestora codemandadas, la demandante tiene derecho a recuperar las cantidades anticipadas con cargo a alguna de las dos demandadas o de ambas, así como, en su caso, la repercusión que esa recuperación tendría en la cooperativa demandada. A este respecto no debe olvidarse que tampoco los conceptos de la Ley 57/1968 guardan una correspondencia exacta con los contratos sobre las viviendas futuras, pues utiliza los de «cesión» de viviendas o «cesionarios» o «adquirentes» de viviendas con un carácter omnicompreensivo y el de

«rescisión» (art. 3) para lo que en realidad es una resolución del contrato por incumplimiento del promotor (sentencia 778/2014, de 20 de enero de 2015, de Pleno).

En definitiva, tan evidente es que la incorporación de la demandante a la cooperativa de viviendas demandada no fue un contrato de compraventa como que, conforme a la normativa aplicable y a su interpretación por la jurisprudencia de esta sala, los cooperativistas tienen unos derechos «irrenunciables» entre los que se encuentra la garantía de devolución de las cantidades que anticipen para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, como es el caso.

De ahí que, pese a la mejorable estructura del recurso, su interés casacional deba entenderse constituido, dada la razón causal del fallo recurrido y las exposición de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, por la posibilidad o imposibilidad jurídica de que un cooperativista de vivienda recupere las cantidades anticipadas si la devolución de estas no se garantiza mediante aval ni seguro de caución, resultando estéril así cualquier otro debate porque las propias demandadas admiten que la construcción no ha comenzado y que no encuentran ninguna entidad avalista o aseguradora de las cantidades anticipadas.

SEXTO. *Doctrina jurisprudencial sobre la sujeción de las cooperativas de viviendas a la Ley 57/1968.*

La sujeción de la promoción de viviendas en régimen de cooperativa, incluidas las viviendas de protección pública, al régimen de la hoy derogada Ley 57/1968, no suscita duda alguna, porque cualquiera que pudiera existir en virtud de la normativa sectorial posterior a 1968 quedó despejada en 1999 por la d. adicional 1.^a LOE, en su redacción original aplicable al caso por razones temporales, al establecer que la normativa integrada por la Ley 57/1968 y sus disposiciones complementarias «será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa».

En cualquier caso, además, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, adaptó los principios de la Ley 57/1968 a las cooperativas de viviendas no protegidas, porque para las de protección oficial el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, ya había aprobado el correspondiente Reglamento, cuyos arts. 22 k) y 25 preveían la promoción en régimen de cooperativa y cuyo art. 114 exigía la garantía de devolución de las cantidades anticipadas.

Dada toda esta normativa, la jurisprudencia de esta sala ha considerado plenamente aplicable en beneficio de los cooperativistas de viviendas la garantía de devolución de las cantidades anticipadas establecida en la Ley 57/1968 (art. 1, condición 1.^a) como un derecho irrenunciable (art. 7). Así lo declaró expresamente la sentencia 540/2013, de 13 de septiembre, de Pleno, incluso para la fase inicial o embrionaria de adquisición del solar, y ninguna duda suscitó su aplicación en las sentencias

780/2014, de 30 de abril, y 781/2014, de 16 de enero de 2015, ambas también de Pleno.

SÉPTIMO. *Doctrina jurisprudencial sobre la relevancia de la garantía de devolución de las cantidades anticipadas.*

Por lo que respecta a la garantía de las cantidades anticipadas, la doctrina jurisprudencial es terminante al calificarla de obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que la omisión de la garantía facultará al «cesionario» de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas o a resolver el contrato por incumplimiento, si el contrato es de compraventa, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas (sentencias 25/2013, de 5 de febrero, 221/2013, de 11 de abril, 218/2014, de 7 de mayo, y 778/2014, de 20 de enero de 2015, esta última de Pleno).

OCTAVO. *Decisión de la sala. Responsabilidad de la gestora y desvinculación de la demandante de la cooperativa conforme a los cauces estatutarios.*

La aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta a un caso como el presente, no de compraventa sino de incorporación a una cooperativa, no plantearía ningún problema si lo pretendido por la cooperativista demandante-recurrente fuese no seguir cumpliendo el calendario de pagos mientras no se constituya la garantía, pues obligarla a cumplirlo equivaldría a privarla de un derecho legalmente irrenunciable; pero como lo pretendido materialmente por ella, según se ha explicado en el fundamento de derecho tercero, es la recuperación de las cantidades anticipadas desvinculándose totalmente de la cooperativa, a modo de resolución del contrato de compraventa, esta sala debe decidir si tal pretensión resulta totalmente inviable por estar sujeta la demandante al régimen estatuario de baja voluntaria, como entiende la sentencia recurrida y otras que se citan en el recurso, en especial las de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 19 de julio y 7 de septiembre de 2012, o, por el contrario, cabe que la cooperativista recupere las cantidades anticipadas sin quedar inexorablemente vinculada al régimen estatutario de baja voluntaria, como entienden las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 3 de mayo de 2011, asimismo citada en el recurso, y 31 de julio de 2012.

Pues bien, la única respuesta coherente con la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 es reconocer al cooperativista demandante-recurrente el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haber obtenido la imperativa garantía de su devolución, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación.

Como responsables de la constitución de la garantía, el ya citado Decreto 3114/1968 identifica a las Juntas Rectoras de las cooperativas o a los gestores de las comunidades, pero la d. adicional 1.^a LOE se refiere a «[l]a percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores y gestores». Esta especial mención de los gestores permite entender que cuando, como en el presente caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la codeemandada Azerca Gestora de Cooperativas S.L., la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado.

Cuestión distinta será, una vez recuperadas por la demandante las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa, que habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria.

Consecuencia de todo lo razonado hasta ahora es que procede estimar en parte el recurso de casación y casar parcialmente la sentencia recurrida para, en su lugar, estimar la acción de condena pecuniaria ejercitada contra la gestora codeemandada, con los intereses legales previsto en la letra c) de la d. adicional 1.^a LOE.»

* STS de 14 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2965)

Ponente: Antonio Salas Carceller

Resumen: *No procede la caducidad de la acción de impugnación de Cooperativa de acuerdos de asamblea general al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo fijado por la ley aunque fuera ante tribunal territorialmente incompetente.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. Doña Francisca, doña Julieta, doña Matilde y don Guillermo interpusieron ante los juzgados mercantiles de Murcia, con fecha 28 de febrero de 2013, demanda de juicio ordinario sobre impugnación de acuerdos de la asamblea general de la Cooperativa «Surinver Sociedad Cooperativa» de 31 de enero de 2013, por los cuales se les imponían determinadas sanciones.

El juzgado mercantil de Murcia, al venir el fuero determinado por normas imperativas, declaró su falta de competencia territorial inhibiéndose en favor de los mercantiles de Alicante, en concreto respecto del juzgado mercantil de Elche.

Recibidos los autos en Elche, la demanda fue admitida en fecha 31 de mayo de 2013. En su escrito de contestación a la demanda, la Cooperativa alegó en primer lugar la caducidad de la acción toda vez que cuando se iniciaron las actuaciones por el juzgado competente se había cumplido ya el plazo de caducidad de un mes que fija tanto el artículo 18 de la Ley 27/99 como el artículo 19 de los estatutos sociales para impugnar el acuerdo de la asamblea general por el que se impone una sanción al socio. Igualmente se opuso sobre el fondo de la impugnación formulada.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, con sede en Elche, dictó sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 por la que rechazó la excepción de caducidad y estimó íntegramente la demanda declarando nulo el acuerdo impugnado y condenando a la demandada al pago de las costas.

La Cooperativa recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8.ª) dictó sentencia de fecha 19 de junio de 2014 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda por considerar que la acción había caducado ya que había transcurrido el tiempo establecido para el ejercicio de la referida acción antes de que la demanda llegara al tribunal competente.

Contra dicha resolución recurren en casación los demandantes.

SEGUNDO. El único motivo de casación cita como infringido el artículo 18.3 de la Ley 27/99, de Cooperativas, y basa el interés casacional en la jurisprudencia contradictoria de Audiencias, en concreto, entre la sección 1.ª A.P. Cuenca, sentencias de 99/09 de 13 de mayo (AC 2009, 1075), rec. 84/09 y 133/09 de 16 de junio, rec. 89/09, en las que se mantiene que basta con la presentación de la demanda ante la jurisdicción ordinaria, aunque luego el juzgado no resultase territorialmente competente, a efectos de excluir la prescripción de la acción, y la sección 8.ª de Alicante, sentencias 144/14 de 19 de junio (recurrida) y 11/12 de 13 de enero, rec. 702/11 que mantiene la tesis de que la presentación de una demanda ante un Juzgado carente de competencia objetiva no tiene incidencia en materia de caducidad.

Se hace preciso distinguir a estos efectos entre falta de competencia objetiva y falta de competencia territorial. (...).

(...) el tratamiento procesal de la competencia territorial establecida por la ley con carácter forzoso es semejante al previsto en el artículo 48 LEC para la competencia objetiva, aunque no idéntico. La falta de competencia objetiva -a que se refieren fundamentalmente las resoluciones que se citan por la sentencia impugnada- determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado (artículo 238.1 LOPJ) mientras que la falta de competencia territorial no, por lo que la Ley ha previsto que el examen de la competencia territorial se lleve a cabo por el tribunal una vez presentada la demanda, de forma inmediata, y antes de su admisión (artículos 404 y 440).

En consecuencia la infracción de las normas sobre determinación de la competencia territorial en el momento de interponer la demanda no comporta la nulidad de lo actuado, sino la remisión de actuaciones al órgano territorialmente competente siendo válidas las realizadas con anterioridad.

La sentencia recurrida consideró que la cuestión planteada no era otra que la incidencia que tiene en el instituto de la caducidad el ejercicio de la acción ante un órgano falto de competencia territorial, considerando la Audiencia que, como ya había resuelto al respecto en su sentencia 11/2012, de 13 de enero, en la que sostuvo que la presentación de una demanda ante un juez que carece de competencia objetiva para conocer el asunto no tiene incidencia alguna en materia de caducidad, con cita de diversas resoluciones que inciden «en la falta de relevancia, en sede de caducidad, de demandas presentadas ante órganos que carecen de jurisdicción o competencia para conocer del asunto ...». En definitiva entiende que la demanda se presentó inexplicablemente ante un órgano territorialmente incompetente y que «cuando finalmente llegó al juzgador territorialmente competente, ya había expirado el plazo para el ejercicio de la acción».

De lo anteriormente expresado se desprende la necesaria estimación del recurso pues la presentación de la demanda se realizó cuando aún no se había cumplido el plazo de caducidad y, como esta sala ha entendido procedente en casos similares al presente, procede la devolución de los autos a la Audiencia recurrida a efectos de que, descartada la caducidad de la acción, entre a conocer del fondo del recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia».

* STS num. 934/2016 de 8 de noviembre de 2016 (Social) (RJ 2016, 5745)

Ponente: José Manuel López García de la Serrana

Resumen: *Legitimidad de una asociación de empresas cooperativas, que además constituyen un grupo cooperativo, para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito. La asociación de empresas demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuya licitud no ha sido impugnada; estando legitimada para negociar el convenio colectivo porque si bien es un grupo empresarial, no hay ni caja única con permeabilidad operativa y contable, ni confusión patrimonial, teniendo en cuenta la configuración de los SIP (Sistema Institucional de Protección) por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito: “no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido”. Inexistencia de grupo patológico de empresas.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si la asociación empresarial demandante (ASEMEC) tiene derecho a participar en la Comisión Negociadora del XXI Convenio Colectivo de Entidades Cooperativas de Crédito, a lo que se opone la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC).

ASEMEC es una Asociación de Sociedades Cooperativas de Crédito cuyos miembros formaban antes parte de AUNACC, asociación de la que se dieron de baja con el fin de constituir otra entidad asociativa para la defensa de sus intereses y para ostentar la representación de sus asociados en materia de negociación colectiva y relaciones laborales de las empresas asociadas a ella, quienes han delegado en la misma todas las facultades necesarias al efecto. De ASEMEC forman parte el Banco de Crédito Social y Cooperativo y 19 cooperativas que emplean a 6.783 trabajadores de un sector en el que existen 63 sociedades cooperativas y 18.910 empleados. Las cooperativas asociadas a ASEMEC constituyeron, en octubre de 2012 un Grupo Cooperativo de Cajas Rurales Unidas, al amparo del art. 78 de la Ley 27/1999, que en octubre de 2014 pasó a ser el Grupo Cajamar con un nuevo convenio regulador en el que se designó cabecera del Grupo al Banco de Crédito Social y Cooperativo, quien ejerce las funciones delegadas en él y marca la política económica del Grupo y fija directrices en materia de personal y retribuciones. El Banco fue constituido por todas las cooperativas integradas en Cajamar, esta participado por ellas que consolidan cuentas con él produciéndose el reparto de beneficios en la forma pactada. En fechas concurrentes, el Banco citado y las 19 cooperativas constituyeron un Sistema Institucional de Protección (SIP), regulado en la Adicional Quinta de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, grupo del que fue designado entidad Cabecera el Banco de Crédito Social y Cooperativo.

Como no fue admitida para formar parte de la Comisión Negociadora del XXI Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito, comisión que se constituyó por UNACC en representación de la patronal, como en convenios anteriores, ASEMECC presentó demanda reclamando ser parte de esa comisión, pretensión que fue estimada por la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que es objeto del presente recurso de casación interpuesto por UNACC y que consta de cuatro motivos de los que los tres primeros se dedican a revisión de los hechos declarados probados y el última al examen del derecho aplicado.

SEGUNDO. Sobre la revisión de los hechos declarados probados.

1. El estudio de los tres primeros motivos del recurso requiere recordar la doctrina de la Sala sobre la posibilidad de revisión de los hechos declarados probados. (...)

2. La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa obliga a desestimar los tres primeros motivos del recurso por falta de trascendencia y relevancia para el

fallo, al tratarse de hechos pacíficos o que constan ya en el relato de hechos probados o en su fundamentación jurídica. En efecto, de los ordinales tercero y décimo se deriva que del Grupo Cooperativo Cajamar está forman parte todas las entidades que constituyeron el Grupo Cajas Rurales Unidas y que luego se integraron en ASEMECC, lo que muestra que con la primera revisión fáctica se pretende adicionar un hecho ya reconocido que los miembros del Grupo Cooperativo Cajamar lo son también de ASEMEC, lo que obliga a desestimar el primer motivo del recurso y el tercero, pues, es un hecho pacífico, según el antecedente cuarto de la sentencia, que Cajamar y ASEMEC tienen el mismo domicilio y director lo que hace irrelevante el hecho de que las comunicaciones a la recurrente se envíen desde el burofax de Cajamar por ser lógico el ahorro de costes, máxime cuando la sentencia en su fundamento de derecho quinto reconoce la existencia de una dirección única y le quita trascendencia jurídica, juicio de valor que sería el que la recurrente debería combatir. En cuanto a la revisión fáctica segunda el rechazo se debe a que las adiciones pretendidas vienen a reiterar datos ya reconocidos por la sentencia, no sólo en el antecedente cuarto al concretar los hechos pacíficos entre las partes, sino, principalmente, en los ordinales décimo a duodécimo del relato de hechos probados y en su fundamento de derecho sexto, donde se razona sobre la creación del Sistema Institucional de Protección (SIP), se transcribe lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 27/1999 de Cooperativas sobre el funcionamiento de los Grupos de Sociedades Cooperativas y la Adicional Quinta de la Ley 10/2014 sobre el régimen del SIP y la forma de implementarlo que obliga a firmar un acuerdo con un contenido mínimo que es el que la recurrente pretende adicionar, lo que es innecesario por ser suficiente la remisión al acuerdo y al contenido de la norma, máxime cuando no se controvierten datos puntuales de aquél.

TERCERO. Sobre el examen del derecho aplicado.

1. (...) alega la recurrente la infracción de los artículos 87-3 y 1-2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 6-4 del Código Civil y 1-1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sostiene en esencia la recurrente que la demandante no es una Asociación empresarial legitimada, “ex artículo 86-3 del ET”, para negociar un convenio colectivo sectorial, por cuanto no está formada por una pluralidad de empresas, sino por una sola empresa con un interés único, al constituir sus asociadas un grupo de empresas con una dirección unitaria que es llevada por la entidad cabezera que fija la gestión estratégica, incluida la política de personal, a la par que existe una integración económica de los diferentes miembros del grupo que responden en común de sus deudas, ponen en común sus resultados y reparten los beneficios en proporción a la participación de cada uno, lo que en definitiva lo convierte en un grupo patológico, en una única empresa que no está legitimada para negociar un convenio colectivo de sector.

2. Para resolver la cuestión planteada hay que partir, como con acierto hace la sentencia recurrida, del hecho de que la demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, conforme al art. 3 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, al no constar que se haya anulado o impugnado la inscripción (...).

La licitud de la asociación empresarial demandante, al no ser tal por no tener una pluralidad de asociados y ser realmente un grupo de empresas patológico, una sola empresa, la impugna ahora la recurrente con base en dos argumentos básicos: que existe una dirección única y que existe una integración económica, argumentos que no pueden ser acogidos.

El primero de esos argumentos se rechaza porque, conforme a la constante sentencia de esta Sala que por lo reiterada no es preciso citar, la existencia de una dirección unitaria es consustancial a la existencia de un grupo empresarial y no es ilícita mientras no se haga un uso abusivo de ella en perjuicio de terceros o de otras empresas del grupo y en beneficio de la empresa dominante, lo que no es el caso porque a ese elemento indiciario no le acompañan otros, como serían la existencia de una caja única con permeabilidad operativa y contable de la que dispusieran las empresas del grupo de forma confusa o la confusión de patrimonios referida a la indiferente utilización por las empresas del grupo de los distintos bienes necesarios para la producción, lo que no es el caso, como después se verá. Si a ello se une la existencia de una norma legal, la Adicional 5ª de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que para garantizar la solvencia de estas entidades les permite crear un SIP, mediante el acuerdo de varias entidades por el que las mismas adquieran los compromisos que requiere la norma, entre los que se encuentra la creación de una entidad central que marque las políticas y estrategias del negocio y las medidas de control interno y gestión de riesgos, debe concluirse que la existencia de esa dirección única que en el presente caso se residencia en el Banco de Crédito Social Cooperativa S.A. que, igualmente se encuentra integrado en el SIP, no permite entender que existencia del SIP, mientras se respeten las normas legales y no se aprecien infracciones de ellas por el Banco de España bajo cuyo control se encuentran, pueda fundar que estamos ante un grupo de empresas patológico, máxime cuando esa dirección única se ha encomendado a una sociedad anónima independiente del Grupo de Cajas Rurales Unidas -Cajamar-.

Igual suerte debe correr el argumento relativo a la existencia de una integración económica, denominación con la que la propia recurrente reconoce la inexistencia de una caja única y de una confusión de patrimonios. Una simple lectura de la Adicional Quinta de la Ley 10/2014 y de los acuerdos tomados al constituirse el SIP nos muestra que cada entidad cooperativa del grupo conserva su personalidad y toma una participación en la entidad central que se constituye (Banco de Crédito Social

Cooperativo S.A.) que será determinante para el cálculo porcentual de sus obligaciones y derechos. Es cierto que se asume por todas un compromiso mutuo de solvencia y liquidez cuyo cumplimiento, caso de ser preciso, alcanza a la totalidad de sus recursos y les exige la puesta en común de la totalidad de sus resultados, para la posterior distribución del beneficio de manera proporcional a su participación, pero ello no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido, al menos diez años preavisando con dos el abandono y penalizaciones por el abandono que refuerzan la permanencia del sistema de protección. No existe, pues, confusión patrimonial, ni caja única cual parece insinuar la recurrente, sino, simplemente, el establecimiento de un sistema de protección mutua que consiste en el afianzamiento mutuo de las obligaciones crediticias que asuma cada integrante del grupo. Por este sistema de afianzamiento mutua se asegura la liquidez y solvencia de las empresas componentes del grupo, lo que repercute en beneficio de quienes contratan con las mismas y en definitiva de quienes reciben sus servicios, sin que exista una confusión de patrimonios, sino una mutualización de las pérdidas que asegura la solvencia del grupo frente a terceros.

3. Las alegaciones de vulneración del artículo 1-1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, no pueden estimarse, ni examinarse, por los defectos formales existente en su articulación, por cuanto no se explica porque la constitución de un SIP el acuerdo previsto en una norma sobre afianzamiento mutuo de las obligaciones de los integrantes del grupo, viola las normas de competencia, ni que normas concretas son vulneradas y porque, cual requiere el art. 210-2 de la LJS.

Las imputaciones de haberse obrado en fraude de ley, al constituirse la asociación empresarial ASEMECC con el fin de conseguir una cobertura legal para participar en la negociación de un convenio colectivo, negociación en la que sólo pueden participar asociaciones empresariales plurales, pero no las que están formadas por una sola empresa o por un grupo de empresas son rechazables por las mismas razones formales de inobservancia en su articulación de los requisitos del artículo 210-2 de la LJS. No se explica porque un grupo de empresas no puede constituir una asociación para la defensa de intereses comunes, ni porque un grupo de empresas legal, entre las que existe un pacto de afianzamiento mutuo de sus deudas frente a terceros para el aseguramiento de la solvencia y liquidez del grupo cooperativo no puede constituir una asociación empresarial para la defensa de los intereses del grupo en la negociación colectiva, actuación conjunta que autoriza el artículo 78 de la Ley 27/1999, de Cooperativas. Tampoco explica el recurso que similitudes existen entre una UTE y un Grupo de empresas que justifiquen aplicar la doctrina sentada en nuestra sentencia de 25 de mayo de 2006, máxime cuando el supuesto contemplado en ella es distinto,

tanto en cuanto a las pretensiones ejercitadas como en cuanto a los hechos y a la solución dada, pues allí se discutía la validez del Convenio Colectivo firmado por una UTE con un único poder de dirección y se acabó dándole validez al convenio colectivo firmado por ella, al no haberse acreditado por la demandante que se negó a intervenir en la negociación, la falta de legitimación de la firmante del convenio para negociarlo. Por contra, aquí se controvierte si la Asociación demandante, integrada por empresas independientes pero que forman un grupo para la defensa de intereses comunes, está legitimada para negociar el convenio colectivo que será de aplicación a las empresas del grupo y debe ser admitida a esa negociación por la recurrente, entidad de la que formaban parte y en la que se dieron de baja para formar otra en defensa de diferentes intereses, que tiene una amplia representación en el sector y que no puede ser excluida de la negociación colectiva por el amplio colectivo que representa y porque cada una de las empresas integrantes de la Asociación tiene su propia personalidad e independencia.

CUARTO.- Conclusión. Por todas las razones expuestas procede rechazar la pretensión de la recurrente que en la práctica supondría excluir de la negociación colectiva a una asociación que representa al 30 por 100 de las empresas del sector, y dan ocupación al 35 por 100 de los trabajadores empleados en ese sector, solución en favor de la que ha informado el Ministerio Fiscal. Sin costas.»

* STS num. 2408/2016 de 10 de noviembre de 2016 (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 6375)

Ponente: Pilar Teso Gamella

* STS num. 2409/2016 de 10 de noviembre de 2016 (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 6377)

Ponente: Rafael Toledano Cantero

* STS num. 2410/2016 de 10 de noviembre de 2016 (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 6445)

Ponente: Rafael Toledano Cantero

Resumen: *Excepción de las cooperativas segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas de los límites de las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el impugnado Real Decreto 1079/2014. No se puede considerar que dicha excepción suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. La diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que consideremos tal distinción como arbitraria y discriminatoria.*

Nota: sobre los límites a las citadas ayudas, sin referirse específicamente a las cooperativas, véase STS núm. 2309/2016 de 26 octubre de 1016(RJ 2016\6029

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. *La disposición de carácter general recurrida.*

En el presente recurso contencioso administrativo se impugna el Real Decreto 1079/2014, de 19 de diciembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2014-2018 al sector vitivinícola.

La pretensión de nulidad que se ejercita queda acotada, únicamente, a la invalidez del art. 13.3, a la disposición transitoria segunda y la disposición final cuarta, del Real Decreto 1079/2014 impugnado, que analizaremos a continuación de forma separada.

SEGUNDO.- *El artículo 13.3 del Real Decreto 1079/2014, de 19 de diciembre.*

El citado artículo 13.3 dispone: « La cuantía máxima de ayuda por beneficiario no podrá superar el 5 % del presupuesto destinado a la medida en la ficha financiera del programa de apoyo para el ejercicio correspondiente. Dicha limitación no será aplicable a los beneficiarios recogidos en los apartados b), c) y f) del artículo 5 siempre que los programas presentados no estén centrados en la promoción de una marca ».

TERCERO.- *La posición procesal de las partes.*

Sostiene la recurrente que las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el art. 6 del impugnado Real Decreto 1079/2014, en los mercados de terceros países se encuentra limitada para algunos beneficiarios y no para otros, lo que vulnera la igualdad. Se desconocen también las razones de la fijación de esa limitación cuantitativa y de tal diferenciación lo que, a su juicio, resulta arbitrario.

Son las empresas vinícolas, en la tesis de la recurrente, las únicas perjudicadas por dichas normas del Real Decreto recurrido, porque sólo para ellas rige la limitación de la cuantía máxima de ayuda por beneficiario, que no puede superar el 5% del presupuesto destinado a la medida en la financiación del programa de apoyo para el ejercicio correspondiente. El expresado apartado 3 del art. 13 Real Decreto impugnado, es, por tanto, discriminatorio en relación con la financiación de las acciones contempladas en el art. 4.1 del Reglamento núm. 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, al afectar sólo a algunos beneficiarios. Además, dicha limitación, y la diferencia de trato que establece, lesiona la buena fe y la confianza legítima. Se sostiene, por tanto, que los beneficiarios que pueden presentar solicitudes para acogerse a la financiación de las medidas de promoción en terceros países, según dispone el art. 5 del Real Decreto que se recurre, han de ser los que están incluidos en la relación de su apartado 1, que son los únicos que pueden tener esa condición, ahora bien con el límite que fija el art. 13.3 impugnado.

Por su parte, el Abogado del Estado mantiene que la citada limitación del 5%, y su excepción en relación con las cooperativas no vulnera las normas invocadas, ni resulta lesiva para el derecho a la igualdad, y la proscripción de la arbitrariedad, pues son muchas las normas de la Unión Europea que promueven el asociacionismo cooperativo de las pequeñas y medianas empresas. Además, dicha norma encuentra su fundamento en las propias indicaciones de las instituciones comunitarias, como es el caso del Tribunal de Cuentas Europeo.

CUARTO.- *Los apoyos al sector vitivinícola. (...)*

QUINTO.- *Los límites fijados por el Real Decreto 1079/2014.*

Ahora bien esa financiación se encuentra limitada, en algunos casos, al 5% según establece el impugnado art. 13.3, pues dicho umbral rige únicamente para las empresas vinícolas, por sí mismas o participando íntegramente asociaciones o entidades asociativas. En concreto se trata de las empresas vinícolas (1), las asociaciones de exportadores de consorcios de exportación participados exclusivamente por empresas del sector vinícola (2) y a las entidades asociativas sin ánimo de lucro participadas exclusivamente por empresas del sector vitivinícola, que tengan entre sus fines la promoción exterior de los vinos (3).

Mientras que dicha limitación del 5% no resulta de aplicación para las organizaciones de productores, asociaciones de organizaciones de productores y organizaciones interprofesionales definidas en los arts. 152, 156 y 157 del Reglamento 1308/2013 (1), los órganos de gestión de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas vónicas (2), y las cooperativas de segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas cooperativas asociadas (3).

Esta diferencia de trato es considerada por la recurrente, como antes señalamos, inexplicable por lo que se refiere a las cooperativas de segundo o ulterior grado, además de discriminatoria e incoherente. Considera que ni en el expediente administrativo ni en el propio Real Decreto se explican las razones por las que se produce esa innovación normativa, respecto del Real Decreto anterior (Real Decreto 548/2013), y de la norma de la Unión europea [Reglamento (CE) núm. 1308/2013]. Igualmente se considera carente de justificación la limitación de la financiación al 5%. Y, en todo caso, se aduce la lesión de la buena fe y de la confianza legítima.

SEXTO.- *La limitación de la cuantía máxima de ayudas al 5%. (...)*

SÉPTIMO.- *Las excepciones a dicha limitación cuantitativa.*

Es cierto, como señalamos en el fundamento sobre los límites fijados en el Real Decreto impugnado, que el umbral del 5% no rige, ex art. 13.3, para los beneficiarios previstos en los apartados b), c) y f) del art. 5, y sí para las empresas vinícolas. En concreto la recurrente centra sus críticas en las cooperativas de segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas (apartado f).

Pues bien, no podemos considerar que dicha excepción suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. Dicho de otro modo, la diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que consideremos tal distinción como arbitraria y discriminatoria.

Con carácter general, el Reglamento 555/2008, de 27 de junio, por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola, establece en el considerando 11 que «para que las medidas comunitarias resulten eficaces, es necesario que los Estados miembros velen por que las campañas de promoción aprobadas sean coherentes con sus programas nacionales y regionales de promoción y complementarias de ellos. Con objeto de crear sinergias, los Estados miembros deben poder elaborar campañas colectivas de promoción, por lo que procede establecer normas que hagan posible la cooperación entre ellos. Debe darse prioridad a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas, que necesitan más el apoyo de la Comunidad que las grandes empresas».

En concreto, en el sector agroalimentario se advierte, en nuestras normas internas, una creciente tendencia al fomento, por lo que ahora interesa, de las cooperativas, según la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario. Se estimula, por esta vía, la capacidad comercializadora y económica de ese sector productor, en particular mediante la integración de las cooperativas y demás formas jurídicas del asociacionismo agrario, permitiendo alcanzar un modelo asociativo empresarial generador de valor, más rentable, competitivo y profesionalizado, según expresa su exposición de motivos. Este fortalecimiento de las estructuras asociativas facilita la innovación y la incorporación de nuevas tecnologías en las estructuras agrarias, aumentando su productividad y eficiencia y, en definitiva, su capacidad de competir más eficazmente en los mercados internacionales. Por ello, las políticas de fomento que instaura dicha ley se articulan, según ella misma señala, en torno a medidas destinadas a priorizar las ayudas y subvenciones que estén previstas en los Programas de Desarrollo Rural para aquellas actuaciones que radiquen en su ámbito territorial, de acuerdo con sus respectivas normas reguladoras y desde el respeto a la normativa europea y de competencia.

De modo que no podemos entender que el sector vinícola haya de disentir de esa tendencia de general de fomento de las cooperativas en este ámbito. Teniendo en cuenta, como pone de manifiesto en Abogado del Estado, que el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las “ cooperativas y desarrollo agroalimentario ”,

las ventajas de esta fórmula asociativa que permite que los beneficios reviertan sobre las propias cooperativas, y su trascendencia en áreas como la económica, social y ambiental. Del mismo modo que el Plan Estatal de Integración Asociativa para 2014 (doc. núm. 4 del escrito de contestación a la demanda) pone de relieve como objetivo el eje de la internacionalización.

OCTAVO.- *La confianza legítima y la buena fe.*

Bastaría para desestimar el alegato esgrimido sobre la vulneración, por el art. 13.3 del Real Decreto que se recurre, de la confianza legítima y la buena fe, con señalar que la recurrente no ha puesto de manifiesto hechos o circunstancias que hayan determinado una actuación contraria a lo que era razonablemente predecible.

En efecto, no advertimos, en este caso, que la Administración haya adoptado decisiones contrarias a las perspectivas y esperanzas fundadas en las propias decisiones anteriores de la Administración. Al contrario, hemos puesto de manifiesto las circunstancias, en el ámbito del derecho de la Unión Europea y en nuestro derecho interno, que hacía presagiar, o al menos impedían que resultara contradictoria, la regulación contenida en el art. 13.3 del Real Decreto impugnado.

No se ha justificado, en definitiva, que el administrado haya adoptado determinadas decisiones, basadas en una coherencia del comportamiento administrativo, que se hubieran visto truncadas o defraudadas por una decisión administrativa posterior que resultara incoherente o incomprensible con dichos antecedentes. El cambio reglamentario ha sido el devenir lógico de una sucesión normativa del Real Decreto 548/2013 (RCL 2013, 1133) al Real Decreto impugnado, derivado de las comprobaciones de había realizado el Tribunal de Cuentas Europeo, detectando la aplicación de ayudas para fines no previstos por la norma, lo que debía ser mejorado, corregido o simplemente transformado.

NOVENO.- (...)»

* STS de 21 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5730)

Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

Resumen: *Apoderamiento. Reconocimiento de deuda respecto de la liquidación final de una obra otorgado por 2 de los 3 apoderados mancomunados de una cooperativa, al que posteriormente en sede judicial prestó su conformidad el otro apoderado. Clara y patente disconformidad de la cooperativa que se opone a la validez del negocio representativo, cesa de los apoderados como miembros de la junta rectora de la cooperativa cesa de los apoderados e interpone querrela por delitos de falsificación de documento y privado y de estafa que finalmente fue archivada. El Tribunal Supremo declara que, en el caso, dicho*

reconocimiento de deuda debe ser ratificado, como “presupuesto ineludible”, por la entidad representada (la Cooperativa), no siéndole vinculante en caso contrario.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, si un reconocimiento de deuda, respecto de la liquidación final de una obra, llevada a cabo por dos de los tres apoderados mancomunados de una cooperativa, al que posteriormente en sede judicial prestó su conformidad el otro apoderado, vincula a la entidad representada conforme al segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil.

2. De los antecedentes de hecho acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) La cooperativa, mediante escritura pública de 13 de junio de 1992, otorgó poder mancomunado a favor de don Moises, don Santiago y doña Debora.

II) El 30 de julio de 1996, don Moises y don Santiago, firmaron el reconocimiento de deuda a favor de la entidad Construcciones y Contratas Tobarra, S.L, aceptando la liquidación final de la obra realizada que les presentó la citada empresa. Esto es, el importe adeudado por la obra ejecutada, más el devengo del interés de demora pactado en el documento de liquidación de la obra. En ese momento, los firmantes, junto con doña Debora, formaban parte del consejo rector de la cooperativa.

III) El 22 de agosto de 1996, en la Asamblea General de la cooperativa, convocada a petición de los socios, fueron cesados de sus cargos los apoderados mancomunados.

IV) Doña Debora, en el interrogatorio de parte, declaró que, por problemas familiares, no pudo estar presente en el momento de suscripción del documento, pero que tuvo pleno conocimiento de su realización y contenido, por lo que lo ratificó con posterioridad de un modo expreso, pero no formalmente.

3. En síntesis, la entidad demandante y aquí recurrente, Construcciones y Contratas Tobarra, S.L., presentó demanda en reclamación de la cantidad de 542.739,11 € contra la Sociedad Cooperativa Turbula y sus socios. Dicha demanda se basó en que, con fecha de 30 de julio de 1996, la demandante suscribió con la representación legal de la citada cooperativa un documento por medio del cual se practicaba la liquidación final de la obra, 50 viviendas que la constructora había llevado a cabo en la unidad de actuación urbanística «PARAJE000».

En los escritos de contestación y oposición a la demanda, en lo que aquí interesa, se cuestionó la validez de dicho documento para los efectos pretendidos, pues se trataba de un documento privado sin valor frente a terceros, pues quienes lo suscribieron en nombre de la cooperativa carecían de representación al llevarse a cabo sin

el conocimiento de los cooperativistas y sin facultades para ello, dado que el poder se otorgó de forma mancomunada y tan sólo fue suscrito por dos de los tres apoderados.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y condenó al pago de la cantidad de 179.304,57 € de forma mancomunada a los socios cooperativistas, y con responsabilidad solidaria a la cooperativa. La cantidad señalada la justificó con base en el enriquecimiento injusto de los cooperativistas al haberseles adjudicado las viviendas sin haber satisfecho el importe íntegro de su coste real. Con relación al valor del documento consideró que los firmantes no carecían de las facultades requeridas, pues en el momento de la suscripción de dicho documento tenían la condición de apoderados de la cooperativa, de forma que el vicio de nulidad relativa o anulabilidad que pudo contener inicialmente dicho documento fue convalidado con la posterior ratificación del tercero de los apoderados mancomunados. Con relación a la cuestión del IVA, consideró que correspondía al demandante la acreditación de haber satisfecho su importe, extremo que resultó huérfano de prueba. Respecto del interés reflejaron en el documento de liquidación de la obra (20%), consideró que no podía calificarse de usurario o excesivo.

5. Interpuestos recursos de apelación por la demandante, la sociedad cooperativa y por algunos de sus socios, la sentencia de la Audiencia desestimó dichos recursos y confirmó la sentencia recurrida.

En síntesis, la sentencia confirmó el enriquecimiento injustificado conforme a la valoración de la sentencia de primera instancia. Con relación a la validez del documento consideró, en contra de la anterior resolución, que carecía de eficacia frente a la cooperativa, que era quien, en su caso, debió ratificarlo, cosa que no sólo no hizo, sino que a los pocos días de su firma cesó a los apoderados como miembros del consejo rector. En esta línea, consideró que la posterior conformidad prestada por la apoderada ausente no sanaba la falta de representación observada en la formalización de dicho documento de reconocimiento de deuda; en donde el poder, además, no facultaba a doña Debora para poder ser sustituida por otra persona. Con relación a la cuestión del IVA, y con relación al informe pericial señalado, que tomó por referencia al igual que la sentencia de primera instancia, declaró:

«[...] Sin embargo las restantes peticiones de la parte actora, fundadas en aquel documento, no pueden prosperar. Ni el pacto de intereses, que sólo se devengan como se establece en la sentencia desde que se reclama, sin aplicar los intereses pactados por personas que carecen de facultades para ello. Ni menos la reclamación por IVA, ya que el coste de la obra reclamadas o dicho de otra forma los precios acreditados pericialmente, mientras no se diga expresamente lo contrario, llevan incluido el impuesto sobre el valor añadido que los grava».

6. La sentencia de la Audiencia, a petición de la cooperativa y de varios socios de la misma, todos ellos apelantes, fue objeto de aclaración por auto de 23 de mayo de 2014.

7. Frente a la sentencia apelada la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

8. (...)

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Reconocimiento de deuda. Ratificación del negocio representativo, artículo 1259 del Código Civil. Insuficiencia de reconocimiento de deuda realizado por dos de los tres apoderados mancomunados. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por infracción de doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 1259 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, con cita de las SSTs núms. 604/2002, de 10 de junio, 774/2010, de 17 de noviembre y 919/2011, de 23 de diciembre. Considera que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial al no otorgar validez al documento suscrito por los apoderados de la cooperativa. Todo ello, con relación a la ratificación prevista en el segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil.

2. El motivo debe ser desestimado.

En el presente caso, con relación a un reconocimiento de deuda, la intervención del representado en la ratificación del negocio representativo constituye un presupuesto ineludible. En esta línea, si bien esta ratificación puede realizarse de forma flexible, bien de forma expresa, o bien de forma tácita, no obstante, en el presente caso, atendidas las circunstancias acreditadas, no sólo hay una total ausencia de ratificación por parte de la entidad representada, sino además una clara y patente disconformidad con el contenido y alcance del reconocimiento de deuda firmado por dos de los tres apoderados mancomunados de la representada. Disconformidad que no sólo se ha puesto de manifiesto en la oposición acerca de la validez del negocio representativo, sino que también llevó a la reprobación y cese de los apoderados como miembros de la junta rectora de la cooperativa, así como a la interposición de una querrela por los delitos de falsificación de documento público y privado y de estafa que finalmente fue archivada. Con lo que la valoración que realiza la sentencia recurrida acerca de la ausencia de ratificación por parte de la entidad representada resulta acertada, sin que el documento suscrito le resulte vinculante.

En todo caso, hay que señalar que en las sentencias citadas por la recurrente, en apoyo del interés casacional del recurso, ni resultan de aplicación al presente caso, ni contradicen la doctrina jurisprudencial aquí declarada».

* STS de 22 de noviembre (Social) (RJ 2016, 6089)

Ponente: M^a Lourdes Arastey Sahún

Resumen: *Pensión de vejez (SOVI): responsabilidad de la cooperativa obrera por la falta de cotización de una cooperativa obrera por la prestación de sus socios trabajadores, no constando la opción por la Mutualidad de trabajadores autónomos.*

Reseña: Se desestima un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el “Instituto Nacional de la Seguridad Social” en relación con las sentencias de 25 de septiembre de 2012 y de 18 de noviembre de 2014; ambas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. La cuestión planteada en ambos casos gira en torno a la cotización al SOVI de una **cooperativa obrera** por la prestación de sus socios trabajadores, y en particular, su responsabilidad por la falta de cotización a partir de la aprobación de la Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de marzo de 1963 que daba derecho de opción a éstos para continuar en ese régimen, o pasar a las Mutualidades Laborales de Trabajadores Autónomos. A pesar de que la opción debía ejercitarse con carácter definitivo y por escrito, la primera sentencia presume que hubo una opción implícita, mientras que la segunda interpreta que de no constar la opción, el socio trabajador seguía en el sistema de protección por cuenta ajena y por consiguiente con obligación de la empresa de efectuar la oportuna cotización en el régimen del SOVI, y tras su extinción en 1966, en el Régimen General de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo comparte esta interpretación, y no constando opción por el régimen de autónomos y tampoco la cotización al SOVI durante un periodo pese a acreditarse la prestación de servicios durante el mismo, declara la responsabilidad del pago de la pensión al socio trabajador por parte del INSS y de la cooperativa.

* STS de 24 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5639)

Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

Resumen: *Contrato de prestación de ayuda financiera mediante compra de títulos de participaciones sociales. Derecho al reembolso de las participaciones sociales basado en la baja voluntaria y no tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no de la disolución de la cooperativa pactado en aquel contrato.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso, en el ámbito de la interpretación y ejecución de una relación negocial plantea, como cuestión de fondo, el cumplimiento de una obligación de pago de una entidad cooperativa, de 41.446, 91 €, en concepto de recompra del 75% de los títulos de un cooperativista que el demandante adquirió al hacerse cargo de la deuda de aquélla.

2. En síntesis, el demandante y recurrido, don Torcuato, celebró el 1 de enero de 1995, con la Sociedad Cooperativa Andaluza del Campo San Francisco de Mengíbar, un contrato de arrendamiento de industria de una fábrica de almazara para aceites propiedad de la citada cooperativa. Con idéntica fecha, ambas partes celebraron otro contrato de prestación de ayuda financiera por el que el arrendatario se comprometía a pagar, en lugar y por cuenta de la cooperativa, las cantidades para hacer frente a las obligaciones de pago que dicha cooperativahabía contraído con la familia del cooperativista Edmundo, como consecuencia de la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia, núm. 2, de Jaén. En la cláusula tercera de este contrato, se contemplaban las siguientes obligaciones con relación a los títulos:

«[...] La Cooperativa entregará al Sr. Torcuato los títulos de aportaciones a capital social de la familia Edmundo que ésta tenía en la Cooperativa.

»Al finalizar el contrato de arrendamiento entre Cooperativa y Aceites Lamarca, SL, el Sr. Torcuato devolverá a la primera el 50% de los títulos de aportación a capital que por virtud de este convenio recibe, haciendo suyos, con carácter definitivo, el otro 50% de títulos.

»No obstante, el Sr. Torcuato, a partir de dicha fecha de terminación de contrato arrendamiento, sólo podrá exigir a la Cooperativa la devolución de esos títulos definitivamente adquiridos hasta un máximo del 10% de los mismos; el restante 90% no será exigible hasta el momento en que se disuelva la Cooperativa».

El 30 de enero de 1995, todas las partes implicadas, la familia Edmundo, la cooperativa y el Sr. Torcuato, suscribieron un documento privado por el que reconociendo la existencia de un crédito inicial a favor de la familia Edmundo que ascendía a 9.195.510 pesetas, como valor acordado de los títulos de las participaciones sociales, el arrendatario liquidaba y cancelaba la deuda total de la cooperativa en la suma de 17.500.000 pesetas comprendiendo principal, intereses y costas procesales. En ese mismo acto se procedió al pago de dicha cantidad.

El 26 de junio de 2000, el consejo rector de la cooperativa y don Torcuato, acordaron novar el contenido del contrato inicial de arrendamiento de industria, de 1 de enero de 1995, modificando la fecha de extinción, al 31 de mayo de 2001, y el porcentaje de participación de los títulos en los términos expuestos en la cláusula sexta del contrato modificado:

«[...] En virtud de la comparecencia que en este acto hace a título personal don Torcuato, se establece la modificación del contrato de fecha 1 de enero de 1995, suscrito entre el Consejo Rector de la Cooperativa y el Sr. Torcuato, en el sentido de que el porcentaje que pasará a favor de D. Torcuato de los títulos atribuidos a la familia Edmundo es del 75%, siendo entregados a la Cooperativa el 25% restante, ambos calculados sobre la base de nueve millones ciento noventa y cinco mil quinientas diez pesetas.

»No obstante, esos títulos no podrán ser transmitidos o enajenados por ningún motivo, ni podrá exigirse a la Cooperativa la devolución de dichas aportaciones a capital social, hasta el momento en que se disuelva la Cooperativa».

Por último, el 24 de enero de 2001, ambas partes suscribieron un documento privado por el que se reconoce la entrega por parte del Sr. Torcuato a la cooperativa del 25% de los títulos de propiedad de la familia Edmundo, por un valor de 2.299.325 pesetas, así como la entrega de la llave de la almazara, dando por totalmente finalizado el contrato de arrendamiento de industria. Por lo que el arrendatario dejó de ser socio de la cooperativa con efectos de 24 de abril de 2006.

Con estos antecedentes, el arrendatario interpone demanda de reclamación de cantidad solicitando que se fije por el juzgado el día o plazo para el establecimiento de lo acordado y se condene a la cooperativa al pago de 41.446,96 euros, correspondientes al valor del 75% de los títulos de la familia Edmundo. La cooperativa se opone a la demanda y solicita su desestimación.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En este sentido, consideró, desde la perspectiva de la interpretación del referido clausulado, que las partes no acordaron una condición propiamente dicha, sino un término para solicitar la devolución de los títulos previamente adquiridos. Término indefinido, coincidente con la disolución de la cooperativa, al que no se le puede fijar judicialmente un plazo o día para hacerse efectivo, por resultar perjudicial para el normal desenvolvimiento de la cooperativa. De forma que para la fijación de dicho término debe estarse a que se determine de acuerdo con las causas de disolución lo establecido en la propia Ley 14/2011 sobre Sociedades Cooperativas Andaluzas.

5. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la anterior resolución. En su lugar, con estimación de la demanda, declaró el derecho del demandante a cobrar el importe de la deuda solicitada, fijando como plazo el de dos meses siguientes a la fecha en que tenga lugar la asamblea general ordinaria de la cooperativa, en la que se hará efectiva la obligación de pago.

En su fundamentación valoró que la disolución de la cooperativa, como tal, debía calificarse como un elemento condicional de la relación contractual, dado el carácter

indefinido de la duración de dicha cooperativa según sus propios estatutos. Por lo que, aun siendo nula dicha condición por quedar su cumplimiento a la exclusiva voluntad del deudor (artículo 1115 del Código Civil), consideró que ante el derecho del acreedor de cobrar su crédito procedía, dado el carácter indeterminado de la condición, establecer un plazo para el pago del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1128 del Código Civil.

6. Frente a la sentencia apelada, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Sociedad Cooperativa. Contrato de prestación de ayuda financiera mediante compra de títulos de participaciones sociales. Disolución de la cooperativa, término o condición del derecho de devolución. Baja voluntaria del socio y derecho al reembolso de las participaciones sociales. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1115, 1125 y 1128 del Código Civil, todos ellos con relación al artículo 79 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Argumenta que en el presente caso se está ante una obligación sujeta a término, claramente establecida por voluntad de las partes. Del mismo modo que el cumplimiento del término no queda sujeto al arbitrio de una de las partes, pues si bien la duración de la cooperativa es indefinida, no obstante, la disolución de la cooperativa puede producirse por causas ajenas a la voluntad de los órganos sociales, tal y como contempla el artículo 79.3 de la citada Ley y la doctrina jurisprudencial aplicable (SSTS de 2 de junio de 1997, 3 de octubre de 2008 y 28 de enero de 2014).

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

La normativa que resulta aplicable al presente caso no es la alegada Ley 14/2011, de 23 diciembre, sino la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas que estuvo vigente hasta el 20 de enero de 2012.

Puntualizado lo anterior, también debe indicarse que, de acuerdo con el contenido de las referidas cláusulas, el hecho de la disolución de la cooperativa viene configurado como un elemento condicional de la relación obligatoria, pues el cumplimiento o efectividad del derecho a la devolución se hace depender de un suceso futuro e incierto como es la propia disolución de una cooperativa que se constituyó por tiempo indefinido. Si bien, como alega el recurrente, el acaecimiento de dicho hecho no dependa, en toda la extensión de posibilidades que presenta, de la exclusiva voluntad o arbitrio del deudor.

Sin embargo, como analizamos en el siguiente motivo del recurso, esta perspectiva de análisis acerca de la naturaleza condicional del hecho de la disolución de la cooperativa no responde, en rigor, a la ratio o fundamento que justifica el derecho del demandante exigir el cobro de su crédito, por lo que el motivo debe ser desestimado.

3. En el segundo motivo, la recurrente denuncia la infracción, por inaplicación del artículo 60 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 4 de mayo de 1994 y 6 de febrero de 2014), con relación al procedimiento de liquidación y reembolso de las aportaciones sociales.

4. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.

Como se ha anticipado en el motivo anterior, el examen de este motivo debe partir de la necesaria puntualización de la ratio o fundamento que justifica la reclamación del crédito del demandante. Dicha ratio, en el presente caso, no se halla tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no del hecho de la disolución de la cooperativa y, por tanto, de la interpretación de las referidas cláusulas, sino en el fundamento de exigibilidad de su derecho de crédito que se acompaña con la separación de la cooperativa llevada a cabo por el demandante y la consiguiente extinción del contrato social. Circunstancia acreditada en el presente caso a tenor del documento de 24 de enero de 2001, por el que el demandante hace entrega a la cooperativa del 25% de los títulos que había adquirido de la familia Edmundo y de las llaves de la fábrica o almacén, dando por totalmente finalizado tanto el contrato de arrendamiento de industria celebrado con la cooperativa, como su relación de socio de la misma, causando baja con fecha de 24 de abril de 2006. De forma que ya nada le vincula a dicha cooperativa, salvo la reclamación del crédito que le adeuda.

En este contexto, si bien con relación a la señalada Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, debe estimarse la pretensión de la recurrente en el sentido de que la devolución de las participaciones sociales se ajuste al procedimiento de reembolso que contempla la citada Ley y que detalla el artículo 11 de los estatutos de la sociedad cooperativa. Pretensión que fue alegada tanto en el escrito de contestación a la demanda, como en el escrito de oposición al recurso de apelación. Por lo que el motivo debe ser estimado en este aspecto».

II. SOCIEDADES LABORALES

* STS num. 665/2016 de 14 julio (Social) (RJ 2016, 4085)

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Resumen: *Prestación de desempleo de quien simultanea cargo societario, por el que no percibe retribución, y trabajo ordinario y retribuido para la propia entidad. Inexistencia de contradicción a efectos del recurso por unificación de doctrina, por existir una diferencia fáctica que comporta la aplicación de normas distintas; en un caso se trata de una sociedad limitada laboral y en otro de una sociedad ordinaria. Desempeñar un cargo gerencial en sociedad de capital común es distinto a hacerlo en una compañía mercantil de carácter laboral. Se trata de dato fáctico que posee trascendencia pues arrastra consigo la aplicación de normas con contenido heterogéneo. Desde tiempo atrás la Sala viene llamando la atención sobre la diferencia que surge en función del tipo de sociedad por cuya cuenta se trabaja.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. Delimitación del supuesto litigioso.

Para una mejor tutela judicial de las partes procesales y comprensión de nuestra respuesta, en esta ocasión resulta imprescindible la simultánea depuración del supuesto y de las normas aplicadas para determinar si procede abonar la prestación por desempleo interesada.

1. La prestación de servicios de base.

Comencemos por resaltar alguno de los hechos probados (HP) que alberga la sentencia del Juzgado de lo Social y que no fueron combatidos en suplicación:

En octubre de 2001 se constituye una sociedad mercantil cuyo capital (333.560 €) pertenece al padre de la actora (44,96%), a una segunda mercantil (44,96%) y a otra tercera sociedad (10%) cuya administradora única es la actora.

La demandante, que también suscribe una acción del capital social, es nombrada consejera delegada de la empresa, junto con otros dos socios.

Desde la creación de la sociedad y hasta su cese, la trabajadora “actuará de forma mancomunada” administrando la sociedad.

En julio de 2010 cesa la prestación de servicios, solicitando y obteniendo prestación contributiva por desempleo.

(...)

2. Normas aplicables.

En el marco de un expediente de devolución de prestaciones por desempleo, se achaca a la demandante que, al ser administradora de la sociedad mercantil, tendría que haber estado encuadrada en el RGSS pero sin desempleo.

Las normas aplicadas por la sentencia y las consideradas infringidas por el recurso de casación son las vigentes en julio de 2010. Las principales se hallan en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio (LGSS); seguidamente se reproducen, subrayando ciertos pasajes:

El art. 97.2.a) declara expresamente incluidos en el RGSS los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley.

El art. 97.2.k) LGSS dispone que están incluidos en el RGSS, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Por otra parte, entra en juego la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. Su artículo 21.1, tras la modificación experimentada por Ley 50/1998, reordena el encuadramiento en la Seguridad Social de sus miembros:

Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cualquiera que sea su participación en el capital social dentro del límite establecido en el artículo 5 de la presente Ley, y aun cuando formen parte del órgano de administración social, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena a efectos de su inclusión en el Régimen General o Especial de la Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad, y quedarán comprendidos en la protección por desempleo y en la otorgada por el Fondo de Garantía Salarial, cuando estas contingencias estuvieran previstas en dicho Régimen.

Por razones cronológicas, no debemos analizar ahora las eventuales repercusiones que posea la derogación de la Ley 4/1997, de 24 de marzo y su sustitución por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, cuya Disposición Adicional Primera daba nueva redacción al artículo 97.2 LGSS y añadía una nueva Disposición adicional vigésima séptima bis.

Tampoco afecta al presente debate la posterior sustitución de la LGSS por el Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, cuyo art. 136 modifica la redacción que precedentemente albergaba el artículo 97.2 LGSS.

3. La STSJ recurrida.

La STSJ Andalucía (Granada) de 22 mayo 2014 (rec. 671/2014) desestima el recurso de la trabajadora y confirma que no le corresponde la prestación por desempleo a la vista de los siguientes argumentos:

La regulación de la Ley de Sociedades Laborales es inaplicable, porque nos encontramos ante una sociedad de responsabilidad limitada ordinaria.

La actora ha venido interviniendo como consejera delegada de la mencionada sociedad, como ha quedado acreditado.

La percepción de remuneraciones, aunque fuera por su superpuesta condición de trabajadora común, aboca a la aplicación del art. 97.2.k) LGSS.

Ni la integración en el RGSS, ni siquiera el abono de cotizaciones por desempleo, permiten alterar ese resultado.

La STS 17 de mayo de 1999 (rec. 3046/1998) avala ese diferente trato a los administradores de sociedades de capital comunes y a las consideradas laborales.

4. El recurso de casación y los escritos concordantes.

A) El 26 de septiembre de 2014 se registra el escrito mediante el que la demandante interpone recurso de casación unificadora. Reproduce los hechos probados en ambas sentencias y entresaca los datos que le inducen a sostener la existencia de contradicción.

Considera vulnerados los arts. 97.2.a y 97.2.k LGSS, así como su Disposición Adicional 27^a. Su razonamiento conduce a la conclusión de que “para efectuar el encuadre de la recurrente en el artículo 97.2.k), se requiere que el cargo de consejero-delegado o miembro del consejo de administración sea retribuido, circunstancia que no concurre en el supuesto ahora enjuiciado”.

La recurrente admite que ha venido ejerciendo competencias propias de un órgano societario, pero advierte que su carácter gratuito las neutraliza y que, por el contrario, la onerosidad de la prestación laboral de carácter común aboca hacia la inclusión en el RGSS con derecho a todas las prestaciones propias de su acción protectora.

B) Con fecha 29 de julio de 2015 queda registrado el escrito de impugnación al recurso que presenta el Abogado del Estado en nombre del SPEE. Niega la existencia de contradicción entre las sentencias opuestas ya que en la referencial se resuelve un supuesto en que el actor es administrador único de una sociedad laboral.

Respecto del tema de fondo, llama la atención acerca de la prohibición total que el art. 97.2.k) alberga. También reflexiona largamente sobre el desarrollo de funciones directivas por parte de la recurrente.

C) Con fecha 29 de octubre de 2015, el Ministerio Fiscal emite su preceptivo Informe, mostrándose partidario de la desestimación del recurso.

Considera concurrente la contradicción requerida por el art. 219 LRJS pero destaca que el art. 97.2.k) LGSS contiene una exclusión aplicable a la actora, la cual admite que ha desarrollado actividades gerenciales y que viene siendo retribuida por la sociedad como consecuencia de su trabajo ordinario.

SEGUNDO. La sentencia de contraste.

El recurso cita como sentencia de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 2 de diciembre de 2002 (rec. 1193/2002).

1. Los hechos de base.

Desde 1997 el actor ha venido prestando servicios para una Sociedad Laboral como Jefe Administrativo. Posee un 15,16% del capital social y en agosto de 1997 se le otorga poder mancomunado, siendo luego nombrado administrador único.

En agosto de 2001 cesó en su prestación de servicios y solicita prestación por desempleo.

2. Argumentos de la sentencia.

La sentencia de contraste reconoce el derecho a la prestación argumentando que aunque el actor era administrador único, ostentaba como socio trabajador la categoría profesional indicada y percibía un salario, sin prueba de que percibiese retribución alguna por desempeñar el cargo de administrador único aunque en los estatutos sociales figurase como retribuido.

La STS de 17 de mayo de 1999 (rec. 3046/1998) avala este criterio cuando se trata de sociedades laborales.

3. Pretensión y normas aplicables.

Pese a la diferente época en que suceden los hechos que dan lugar al litigio, la regulación aplicable es la misma que en el caso de la sentencia recurrida y que ha quedado expuesta más arriba.

TERCERO. Análisis de la contradicción.

1. (...)

2. Las similitudes.

En los casos analizados por las sentencias contrastadas aparecen datos que podemos considerar similares:

Personas de alta en el RGSS que ostentan un cargo societario y lo simultanean con un trabajo ordinario para la propia entidad.

Poseen participación en el capital social.

No perciben retribución por el cargo societario, pero sí por el vínculo de carácter común.

A pesar de esas similitudes, la respuesta judicial es diversa: la sentencia recurrida niega el desempleo por aplicación del art. 97.2 k) LGSS. La de contraste reconoce el derecho a las prestaciones.

3. Las diferencias.

A) La sentencia referencial da cumplida cuenta de que se desempeña un cargo en una sociedad limitada laboral. A la vista de lo previsto en el art. 21 de la Ley 4/1997 (redactado conforme a la Ley 50/1998) considera que “resulta incuestionable el derecho a las prestaciones de desempleo del actor socio y consejero delegado”. Se deja constancia expresa de que ello impide la aplicación del art. 97.2.k) LGSS.

B) Sin embargo, en la sentencia recurrida no estamos ante una sociedad de carácter laboral sino ordinario. Esa diferencia es trascendente porque comporta que las normas aplicables sean distintas. Al no operar la Ley 4/1997, despliega su eficacia el artículo 97.2.k) LGSS y el debate habido en suplicación nada tiene que ver en uno y otro caso. Ya se ha recordado más arriba que cuando se aplican normas diversas la contradicción es difícilmente apreciable.

C) Que los administradores de una sociedad laboral puedan acceder a las prestaciones por desempleo choca con la literalidad del art. 97.2.k) LGSS, de modo que no puede compararse ambas situaciones a efectos de casación unificadora es la conclusión de lo expuesto. Desempeñar un cargo gerencial en sociedad de capital común es distinto a hacerlo en una compañía mercantil de carácter laboral. Se trata de dato fáctico que posee trascendencia pues arrastra consigo la aplicación de normas con contenido heterogéneo.

D) La sujeción a estatutos jurídicos distintos, como tantas veces hemos puestos de relieve, convierte en imposible el contraste de las soluciones. No se trata de un dato formal, sino material: las Leyes aplicadas poseen previsiones diversas, de modo que la solución distinta al mismo problema resulta incontrolable desde la perspectiva de la contradicción. Tal y como el escrito de impugnación al recurso pone de relieve, esta diferencia comporta que exista una causa de inadmisión del recurso. Dada la fase procesal en que nos encontramos, lo que procede es su desestimación.

E) Eso significa que la doctrina de la sentencia de contraste no es errónea. De hecho, cuando se ha superado el presupuesto del art. 219.1 LRJS esta Sala la aplicado en supuestos como los de las SSTs 17 febrero 2009 (rec. 739/2008) o 5 marzo 2013 (rec. 932/2012).

Si se analiza nuestra STS de 17 de mayo de 1999 (rec. 3046/1998), curiosamente invocada por las dos resoluciones aquí enfrentadas, se comprueba que desde tiempo atrás venimos llamando la atención sobre la diferencia que surge en función del tipo de sociedad por cuya cuenta se trabaja.

CUARTO. Resolución.

De conformidad con lo expuesto hemos de desestimar el recurso de casación unificada, al no poder examinarlo por falta de contradicción.»

III. ASOCIACIONES

* STS núm. 463/2016 de 7 julio (Civil) (RJ 2016, 2893)

Ponente: Antonio Salas Carceller

Resumen: *Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto al objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC.*

Nota: El Fundamento Tercero de esta Sentencia es idéntico al de la STS num. 531/2016 de 14 septiembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 4110) (véase más abajo)

* STS num. 1856/2016 de 19 julio de 2016 (RJ 2016, 4389)

Resumen: *Revocación improcedente de la declaración de utilidad pública de asociación al faltar la acreditación por la Administración de que los fines de la asociación hayan dejado de estar afectos a la promoción del interés general, cuando su actividad que no ha variado desde su fundación.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. Se interpone por la Abogada del Estado recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 12 de junio de 2013, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto

por la Asociación Nuevo Futuro Sirio, aquí parte recurrida, contra la resolución del Ministerio del Interior, de 30 de septiembre de 2010, que revocó la declaración de utilidad pública de dicha asociación. (...) al considerar que no cumplía el requisito de que los fines estatutarios tiendan a promover el interés general, establecido por el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo.

(...)

QUINTO. El tercer motivo del recurso de casación (...) expone la discrepancia de la Abogada del Estado con la interpretación que efectúa la sentencia de las normas jurídicas aplicables.

Para la parte recurrente, la afirmación de la sentencia impugnada acerca de que la norma aplicable, el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, no prohíbe la prestación de servicios mediante contraprestación económica es demasiado simplista, pues la entidad de los servicios en relación con las actividades de la asociación, y las circunstancias en que se presten, puede desnaturalizar el requisito de que la asociación se dedique a fines de interés general, y que dichos ingresos se recojan en sus estatutos, tampoco es suficiente, pues habrá de estarse, de nuevo, a la actividad materialmente realizada para analizarla y concluir si realmente se cumplimentan fines orientados al interés general o no, y en este caso, cuando el objeto principal y casi exclusivo de la entidad es la prestación de servicios por contraprestación, interviniendo en el tráfico privado, no se puede considerar que realiza una actividad de promoción del interés general, sino que la asociación “beneficia”, es decir, presta servicios a quienes se los pagan, directa o indirectamente, a través de contratos con la Administración.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado reiteradamente esta Sala, en recursos interpuestos con similares argumentos por el Abogado del Estado, en sentencias, entre otras, de 22 de noviembre de 2011 (recurso 4031/2008), 27 de julio de 2015 (recurso 1236/2013), 11 de noviembre de 2015 (recurso 1364/2013), 15 de febrero de 2016 (recurso 3927/2013), 3 de marzo de 2016 (recurso 3461/2013) y 1 de abril de 2016 (recurso 63/2014).

Como punto de partida hemos de señalar que, como afirma la sentencia de 22 de noviembre de 2011, antes referenciada:

«no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceptuar que la asociación que lo presta carezca de interés general, por cuanto que para ello habrá que tener en cuenta las actividades que realiza para el cumplimiento de su objeto social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino a que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener.»

En este sentido, la sentencia de 27 de julio de 2015, ya referenciada, señala:

«lo decisivo para la calificación de una asociación como de interés general, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala mencionada por la Sentencia recurrida, es que concu-

rran los requisitos establecidos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de Asociaciones, no si obtiene o no beneficios por algunas de sus actividades (Sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2.011 - RC 4.031/2.008-, de 15 de diciembre de 2.011 - RC 4.216/2.009 - y de 30 de enero de 2.015 - RC 2.745/2.012 -).

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

En similares términos, dice la sentencia de 15 de febrero de 2016, también citada:

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

En definitiva, una asociación cumplirá los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Asociaciones para ser una asociación de utilidad pública si sus fines estatutarios están encaminados a promover el interés general en los términos definidos por el apartado 1.a) del citado precepto, y si se atiende a los restantes requisitos enume-

rados en dicho artículo. Y ciertamente no resulta contrario a los mismos el que cumpla funciones asistenciales mediante un convenio con una Administración pública y desarrollos servicios sociales de la misma de manera externalizada.»

En este caso no existe discusión alguna sobre la naturaleza de los fines estatutarios de la asociación recurrida.

La asociación tiene exclusivamente fines benéficos y asistenciales (artículo 1 de los Estatutos), y entre dichos fines se encuentra “la prestación de una asistencia especializada, multidisciplinar y polivalente a niños y adolescentes que no puedan permanecer en hogares convencionales ni recibir una enseñanza normalizada, por padecer trastornos psicopatológicos, susceptibles de un tratamiento que les posibilite en el futuro incorporarse al medio habitual del que proceden, evitando procesos de cronicación” (artículo 2 de los Estatutos).

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

Si desde el punto de vista teórico, los fines estatutarios de la asociación se dirigen a promover los intereses generales que define el artículo 32.1.a) de la L.O. 1/2002, en el plano práctico resulta que los servicios que presta la asociación coinciden con los fines estatutarios, pues no se ha acreditado que la asociación lleve a cabo otra actividad distinta a la estatutaria, que desarrolla en los dos centros o hogares especializados de acogimiento residencial terapéutico de atención a adolescentes entre 12 y 18 años.

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

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

* STS num. 531/2016 de 14 septiembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 4110)

Ponente: Antonio Salas Carceller

Resumen: *Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato*

a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC.

Nota: Véase también en el mismo sentido la STS núm. 463/2016 de 7 julio (RJ 2016, 2893). Su Fundamento de Derecho Tercero son idénticos.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. Doña Rosalia y don Aurelio formularon demanda con fecha 20 de enero de 2010, en ejercicio de la acción de nulidad y, subsidiariamente, de resolución del contrato suscrito el 17 de febrero de 2009, con las demandadas Anfi Sales S.L. Anfi Resorts S.L, y que se declare la improcedencia de la exigencia de pago anticipado de la cantidades satisfechas, con la obligación de devolver dichas cantidades por duplicado. Por dicho contrato los demandantes adquirieron el derecho a usar un apartamento de un dormitorio del complejo Club Puerto Anfi conforme a los términos y condiciones pactados, estableciéndose en la cláusula 6 g) que los derechos adquiridos son indivisibles, de naturaleza personal y por un período ilimitado de tiempo.

Las demandadas se opusieron y el Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia de fecha 22 de febrero de 2011 por la cual desestimó la demanda.

Contra dicha sentencia recurrieron en apelación los demandantes y la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, sección 4.ª, dictó sentencia el 22 de enero de 2014, por la que desestimó el recurso de apelación.

Los demandantes han recurrido dicha sentencia en casación.

SEGUNDO. Se formula el recurso por un solo motivo, alegando jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la interpretación del artículo 10.2 de la Ley 42/98, puesto que para la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria (sentencias de 17 de diciembre de 2013 y 17 de junio de 2009) la carencia de información o si el contrato no tiene el contenido mínimo que exige el artículo 9.4 de la Ley 42/98, no es causa de nulidad del contrato y sólo da lugar a la resolución si se solicita en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de celebración, y únicamente en el supuesto de que se haya faltado a la verdad en la

información dada a los adquirentes se podrá instar la nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1300 y siguientes del Código Civil. Sin embargo -afirman los recurrentes- la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencias de 27 de junio de 2012 y 30 de abril de 2008) sigue una interpretación más protectora de la parte más débil del contrato en cuanto a la falta de información, ya que entiende que los incumplimientos de información sobre los derechos de desistimiento, resolución y prohibición del pago de anticipos, pueden llevar a la anulabilidad de los contratos por el error que haya podido generar ya que se imposibilita al adquirente al conocimiento de los derechos que le asisten.

El problema de la falta de información y el error que en tal caso puede generar en el contratante ha de ser relacionado en el caso presente con la forma en que se planteó la demanda. En ella se dice que el contrato ha de ser considerado nulo por falta de objeto, con cita del artículo 1261-2.º del Código Civil que habrá de relacionarse a estos efectos con la norma del artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

De ello se desprende que, sin perjuicio de la información solicitada -no se puede dar una información adecuada si el contrato no cumple con los requisitos mínimos que exige la ley- resulta de plena aplicación la doctrina de esta sala sobre los requisitos de validez del contrato de aprovechamiento por turno en la citada ley.

En este caso se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante», lo que no comporta la existencia de los requisitos mínimos del contrato según el artículo 9 de la Ley, ya que es claro que no puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el artículo 1.6 de la propia ley.

TERCERO. Esta sala, constituida en pleno, ha dictado la sentencia n.º 192/2016, de 29 marzo (Rec. 793/2014), en la cual se hacen las siguientes consideraciones, sobre el problema de que se trata:

«A) Determinación del objeto. El artículo 1.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, dice que «el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo. A efectos de comprobar a cuál de dichas modalidades corresponde el contrato litigioso conviene transcribir el contenido del apartado 6. En él se dice lo siguiente: “Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determi-

nado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho”.....»

En el presente caso - como en el resuelto por dicha sentencia - no sólo falta cualquier referencia por las demandadas a que el contrato estuviera sujeto a dicha modalidad de arrendamiento, sino que claramente se desprende de su contenido que no se ajusta a dicha previsión legal pues se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2.º que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7, según el cual:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos»

Esta sala ha establecido ya como doctrina jurisprudencial en sentencia 775/2015, de 15 enero, y ha reiterado en la 460/2015, de 8 septiembre, que:

«En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3º de la citada Ley».

Por tanto nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, según lo dispuesto en el citado artículo 1.7 de la Ley 42/1998, que en el caso cabe relacionar con lo dispuesto por el artículo 1261CC».

* STS num. 2393/2016 de 8 noviembre de 2016 (Cont.-admvo.) (RJ 2016, 5816)
Ponente: Diego Córdoba Castroverde

Resumen: *Inscripción impropia de marca de asociación («APAF-Asociación Profesional de Administradores de Finca»). Incurrir en varias prohibiciones absolutas. Los vocablos utilizados son genéricos y sin fuerza identificadora induciendo al destinatario*

a error de que los servicios prestados por dicha empresa se corresponden con la actividad profesional y colegiada de los administradores de fincas y que los presta precisamente la asociación oficial (Colegio Oficial de Administradores de Fincas) que representa a ese colectivo.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas contra la sentencia de la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2015 (rec. 546/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución dictada por la Oficina Española de Patentes y Marcas de 27 de febrero de 2013 que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución que concedió la marca nº 3.013.673 “APAF, ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS” (mixta) para la clase 35 del Nomenclátor internacional.

El Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas es titular de la marca prioritaria “ASOCIACIÓN DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ESPAÑA” inscrita para la prestación de los servicios de las clases 36, 41 y 45 (administración de fincas, promoción de inmuebles, educación y formación, servicios jurídicos, de seguridad, servicios de un asociación a sus asociados etc [...]).

(...)

SEGUNDO. El objeto del presente recurso queda, pues, circunscrito a determinar si la sentencia impugnada al confirmar la resolución administrativa que permitió la inscripción de la marca “APAF ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS” (mixta) para productos de la clase 35 (publicidad, gestión comercial, administración comercial, trabajos de oficina) infringe las previsiones contenidas en el 5.1.a), b), c), d) y g) de la Ley de Marcas 17/2001, relativo a las prohibiciones absolutas.

(...)

Tanto la consideración individual de cada uno de los vocablos que componen la marca solicitante como la apreciación conjunta de la misma “APAF ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS” incurre en varias de las prohibiciones absolutas previstas en el art. 5.1 de la Ley de Marcas, especialmente las contenidas en los apartados b) c) d) y g).

En primer lugar porque cada uno de los vocablos utilizados son genéricos y sin fuerza identificadora alguna induciendo al destinatario al error de que los servicios prestados por dicha empresa se corresponden con la actividad profesional y colegiada de administradores de fincas y que los presta precisamente la asociación profesional oficial que representan a este colectivo.

La actividad de “administradores de fincas” es habitual para designar en el lenguaje común los servicios de aquellos profesionales que comprende el gobierno y conservación de los bienes, asesoramiento de las cuestiones relativas a los bienes inmuebles y muy específicamente la gestión de comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, para cuyo ejercicio, según dispone el Decreto 693/1968, de 1 de abril, por el que se crea el Colegio Nacional Sindical de Administradores de Fincas, <<será requisito indispensable estar colegiado en la Corporación profesional que se crea por el presente Decreto>>. Para ello se constituyeron diferentes colegios profesionales territoriales de Administradores de fincas al amparo del Real Decreto 1612/1981, de 19 de junio, que se integran en el Consejo General de Colegios de Administradores de fincas, que se configura como una Corporación de Derecho Público, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que integra los diferentes Colegios Territoriales de la profesión, que se rige por la Ley 2/1974, de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales.

De modo que el usuario medio puede percibir que los servicios que presta una empresa cuya marca se denomina “APAF ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS” se corresponde con los propios de los colegios profesionales oficiales de administradores de fincas y no con servicios de una empresa privada que presta servicios que, en principio, no están relacionados con esta actividad profesional. Y decimos, en principio, porque los servicios para los que se solicita la inscripción no son los propios de administración de fincas (incluidos en la clase 36) sino para la prestación de servicios de publicidad, gestión comercial, administración comercial, trabajos de oficina (clase 35). Es cierto que los servicios descritos en ambas categorías del nomenclátor se encuentran íntimamente conectados, pero ello introduce un mayor riesgo y refuerza, aún más, la prohibición de su inscripción, pues si se pretende prestar servicios por completo ajenos a la administración de fincas, la denominación elegida induce a un error o confusión en el usuario; y si, por el contrario, se pretenden prestar tales servicios, pese a que la solicitud no está prevista para esta clase del nomenclátor, se estaría inscribiendo dicha marca para una categoría genérica del nomenclátor que abarca servicios de gestión y oficina que permitiese finalmente prestar los servicios propios de la profesión colegiada de administradores de fincas.

La incorporación del vocablo “APAF” no impide apreciar tal prohibición, pues constituye un mero acrónimo de “ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS” por lo que, con independencia del riesgo de confusión con la marca inscrita por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, la marca inscrita es genérica y constituye la expresión habitual, por la que se conoce en el lenguaje común a las corporaciones oficiales que representan a esta

profesión colegiada. Denominación que debe quedar reservada para las asociaciones corporativas oficiales, sean estas territoriales o estatal, que agrupen a los colegiados que ejercen esta profesión.

En definitiva, en un análisis conjunto y, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo recaída acerca de la prohibición absoluta aquí examinada, se desprende que la locución citada, contiene vocablos que exclusivamente se componen de términos descriptivos de la asociación que aglutina a los colegiados que ejercen una actividad profesional conocida y organizada a través de colegios profesionales de base corporativa, sin configurarse en su conjunto como un signo novedoso y de fantasía para distinguir los servicios que presta. Y como ya sostuvimos en la STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, de 27 de abril de 2015 (rec. 3888/2013), en aquella ocasión con relación a la marca «Asociación de Jóvenes Empresarios de Extremadura», pero cuya doctrina resulta trasladable al caso que ahora se enjuicia, no resulta irrazonable pensar que el demandante individual o colectivo de los servicios reivindicados por la marca solicitante podría incurrir en el error de creer que los servicios prestados por la empresa privada que pretende la inscripción de esta marca están avalados por el Colegio Profesional de Administradores de Fincas, como entidad corporativa que agrupa a los colegiados que prestan las funciones propias de esta profesión, carácter del que carece la entidad solicitante como ella misma reconoce en su escrito de contestación al recurso de casación, afirmando que “en ningún momento mi representada se ha publicitado de manera explícita o implícita como un órgano colegial, sino más bien al contrario, estableciendo de manera clara que se trata de una asociación y no de colegio profesional alguno” añadiendo más adelante que “en cuanto a la afirmación de que se produce la confusión de la marca de mi representada pretendiendo el respaldo de una institución oficial, afirmamos que nunca ha existido ambición de vinculación con ningún colegio de Administradores de fincas, sin más bien al contrario...”. Por ello, si como ella misma admite carece de cualquier vinculación con las Asociaciones y los Colegios profesionales de administradores de fincas ni pretende tenerlo, la utilización de la denominación pretendida induce a confusión y propicia que el consumidor medio pueda llegar a la conclusión contraria, que debe ser evitada, pudiendo elegir otros muchos distintivos de fantasía que no induzcan a pensar en el destinatario que los servicios los presta un colegio profesional oficial»

IV. FUNDACIONES

* STS num. 590/2016 de 30 junio de 2016 (Social) (RJ 2016, 3598)

Ponente: Miguel Angel Luelmo Millán

Resumen: *Fundación Laboral. No es lícito el establecimiento de aportaciones obligatorias (0,10% de la base de cotización de contingencias comunes) de los trabajadores para la financiación de la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo creada en el propio Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, sin que exista precepto legal que autorice ese desplazamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores afectados por el acuerdo.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO. La demanda de oficio de la Dirección Gral de Empleo del M^o de Empleo y SS (...) va dirigida a la impugnación parcial de acuerdo modificativo del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (convenio colectivo estatutario). En concreto se combate, por considerar que conculca la legalidad vigente, la aportación establecida en aquél del 0,10% de la base de cotización de contingencias comunes por los trabajadores/as a la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo, organismo que se constituye en instrumento paritario para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, entre otros extremos. La sentencia de la Sala de lo Social de la AN desestima la demanda y recurre en casación la Abogacía del Estado.

SEGUNDO. El único motivo que formula la parte actora considera conculcados los arts 1.1, 34.1 y 53.1 de la Constitución Española (CE) en relación con los arts 35.1 de la Constitución Española y 42f) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y con los arts 35.1 y 1257 del Código Civil (CC), citando más adelante otras normas y preceptos. Argumenta, en sustancia, que aunque no discute la aptitud jurídica de un convenio colectivo para crear una fundación con la finalidad que lo ha sido en este caso, “no puede imponer obligaciones pecuniarias a los trabajadores afectados por el convenio consistentes en sufragar económicamente a la Fundación surgida del convenio sino que esas aportaciones pecuniarias sólo pueden ser voluntarias”, citando al respecto los arts 21.2 y 27.2 (en realidad, 27.1 segundo párrafo) de la Ley reguladora del derecho de fundación (50/2002, 26 de diciembre, de Fundaciones) que dicen:

“Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la funda-

ción o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados” (art 21.2)

“En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concorra dicha circunstancia” (art 27.1, segundo párrafo).

De ambos preceptos extrae dicha parte que cada aportación ha de ser voluntaria y que se equipara a una donación.

A ello añade que el Reglamento ejecutivo de desarrollo de dicha Ley (Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal) dice en su art 16.b) que “ *El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:...*

b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante....”

Sigue razonando que existe una libertad de fundación y de aportación económica en sentido negativo consistente en el derecho a no formar parte o no quedar vinculado a una fundación y a no sufragarla económicamente conforme a la jurisprudencia constitucional que cita y que si la aportación coactiva no viene dada por ninguna ley sino por un mero convenio colectivo, con mayor razón ha de negarse virtualidad al efecto a este último, siendo indispensable en el ámbito del derecho laboral el consentimiento del trabajador para realizar tales aportaciones en pro de terceros porque ello, a pesar de lo que sostiene la sentencia recurrida, vulnera el derecho al salario rectamente entendido.

A cuanto antecede se han opuesto, en escritos de impugnación independientes, los sindicatos CCOO y UGT, la Federación Española de Hostelería y la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), a los que se une el M^o Fiscal en su preceptivo informe ante esta Sala, que se manifiesta proclive al acogimiento del recurso.

TERCERO. La sentencia de instancia argumenta, en esencia, a lo largo de su extenso razonamiento contenido en doce fundamentos de derecho (en realidad, del tercero al undécimo, inclusive), que al igual que no existe ningún precepto general que prohíba que de un convenio colectivo nazcan obligaciones pecuniarias para los trabajadores incluidos bajo su ámbito de aplicación, tampoco existe norma que prohíba que el convenio sea fuente de obligaciones pecuniarias para las empresas sujetas al ámbito del mismo y ajenas a las concretas personas de los negociadores, como es propio de un convenio estatutario supraempresarial.

Añade que se está en presencia de una obligación pecuniaria civil derivada de una norma, como es el convenio colectivo, no de una exacción de Derecho Público y que en cuanto contrato colectivo, el convenio tiene capacidad suficiente por sí mismo para ser fuente de obligaciones para las partes y sus representados, sin necesitar de una previa ley habilitante, llegando a la conclusión de que el texto del convenio impugnado no es ilegal, aún cuando pudieran producirse después irregularidades si la Fundación asumiese acciones formativas cuya financiación correspondiese a las empresas y apoyase las mismas con cargo contablemente a aportaciones de los trabajadores, lo que podrá ser objeto de control e inspección por la Administración competente.

Precisa que debe dejar imprejujada, ante la falta de los elementos informativos necesarios al respecto, si la Fundación se acomoda, o no, en cuanto a su estructura y gestión, a los requisitos establecidos para considerarla sujeto representativo de los propios trabajadores y empresas del sector y que en cuanto a la detracción económica que se le asigna, el único límite que el artículo 9 del Convenio 95 de la OIT impone a los descuentos en los salarios es la prohibición de aquellos descuentos que se efectúen para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera con objeto de obtener o conservar un empleo, que es una prohibición que no se vulnera en el presente caso, finalizando que conforme a la nueva redacción del art 41.2 del ET resultante del RDL 3/2012 ha quedado a disposición de la negociación colectiva incluso la rebaja de la cuantía salarial resultante de pactos individuales manifestados en los contratos de trabajo.

La Sala dirimente entiende que la redacción actual de este último precepto y norma considera de carácter colectivo una modificación de condiciones de trabajo que afecte a un determinado número de trabajadores y ello aunque el origen de esa condición sea el contrato de trabajo o pacto individual si la modificación presenta una homogeneidad que haga que afecte de manera uniforme a los pactos individuales en un número superior a los umbrales de lo colectivo, sosteniendo que esa afectación plural y uniforme es la que determina la competencia de los negociadores colectivos y su capacidad para imponer su decisión sobre los sujetos individuales porque el legislador de la reforma laboral de 2012 ha dado competencia y poder a los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores para negociar con la empresa sobre las condiciones pactadas individualmente por los trabajadores, aun cuando no estén afiliados a los sindicatos negociadores o incluso si se hallan en desacuerdo con la acción de los mismos, reforzando así el poder de los sujetos colectivos en detrimento de la autonomía individual de los concretos trabajadores. Por ello, ante la ausencia de una norma que regule este tipo de cláusulas convencionales de las que nacen obliga-

ciones pecuniarias para el trabajador pero que no son por sí mismas ilícitas, la solución que se impone, según dicha Sala, es desestimar la demanda, al no poder asumir ésta el papel de legislador.

CUARTO. Sobre la base de cuanto queda resumidamente expuesto, hay que partir de lo que dice el IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (RCL 2010, 2589) (BOE de 21/5/2015) cuya Disposición adicional única, relativa a la Fundación Laboral Hostelería y Turismo establece:

“1. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del presente Acuerdo, para la prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones socio laborales en el sector de hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo.

2. La Fundación Laboral Hostelería y Turismo se encuentra inscrita en el Registro de Fundaciones Laborales dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, mediante Orden ESS/1970/2012, de 2 de agosto (BOE de 19 de septiembre).

3. El ámbito de actuación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo se corresponde con el ámbito de aplicación del presente Acuerdo, que se extiende al sector de Hostelería de España, de conformidad y en los términos contenidos en sus Estatutos.

4. El sistema de financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismo, en relación con las aportaciones, se acordará por las partes cuando el Tribunal Supremo resuelva el recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2014 (autos 103/2014).”

En desarrollo de dicha previsión y conforme al documento nº 2 de los aportados por la parte actora con su demanda, titulado “NUEVO CAPITULO II Y MODIFICACION DEL CAPITULO V DEL ACUERDO LABORAL DE AMBITO ESTATAL PARA EL SECTOR DE HOSTELERIA (ALEH IV)” se introduce un “Anexo al capítulo de formación Fundación Laboral Hostelería y Turismo”, que tras reproducir los tres primeros números de la misma, dice así:

“...4. La financiación de la Fundación Laboral Hostelería y Turismose nutre de las aportaciones iniciales desembolsadas por las partes firmantes del ALEH, de las aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH, en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma base de cotización a cargo del trabajador o trabajadora, de conformidad con los vigentes Estatutos; así como de las ayudas públicas de las que pudiera resultar beneficiaria en su caso.”

En efecto, por Resolución de 7 de julio de 2014, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acuerdo de modificación del IV Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, que contiene esa modificación, circunscrita al último de los ordinales (4) referidos y que es objeto del litigio que da origen a las presentes actuaciones.

QUINTO. Como se ha visto, a lo que alude el reiterado punto 4 del Acuerdo modificativo que se viene de transcribir es a las “aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH”. No se trataría, pues, en principio y desde dicha dicción textual, ni de deducciones *stricto sensu*, ni cotizaciones, exacciones, ni ninguna otra clase de obligado desplazamiento económico desde el salario del trabajador, teniendo como significado tal acción (la de aportar) la de “contribuir, añadir, dar” según el Diccionario de la Lengua Española, todas ellas expresiones verbales de claro contenido personal en cuanto revelan una voluntad del sujeto manifestada en tal sentido, de tal modo que, tratándose concretamente de la aportación a una fundación, como organización constituida, según la expresión legal, sin fin de lucro y afectando de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre), puede equipararse -o incluso identificarse- con la donación, que conforme a la definición que de ella da el art 618 del CC, consiste en un “acto de liberalidad por el cual **una persona** dispone gratuitamente de una cosa a favor de **otra** que la acepta”, es decir, que se trata de un acto personalísimo que, como regla general y en principio, no admite sustitución en el proceso volitivo ni en su exteriorización.

Esa “otra” persona, en este caso, es, como se ha dicho, una fundación, que en cuanto tal, es persona (jurídica), que no puede identificarse o coincidir con sus fundadores ni sus bienhechores, teniendo establecido, por otra parte, la normativa reguladora de esta clase de entidades -la mencionada Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones- en su art 3.1 *que las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales....*” y en su número 2 que *“la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.”*

A partir de ahí y sobre la base también de los arts 2 y 8 de esa misma norma, es perfectamente posible la creación de una fundación en los términos en que en este caso se ha hecho, lo que, por otro lado, no se discute, pudiéndose suscitar únicamente la cuestión de si las aportaciones a una fundación de las características de la contemplada en este caso constituyen también donación, en tanto en cuanto, en

principio, podría entenderse que va dirigida a cubrir unos fines cuyos destinatarios últimos podrían ser los propios trabajadores/as aportantes, lo que, no obstante, tendría probablemente cabida entre las donaciones modales en cuanto subcategoría de las onerosas del art 619 del CC, por tratarse de donaciones en las que se impone al donatario el cumplimiento de una prestación, si bien parece que puede eludirse tal cuestión desde el momento en que es posible entender que los fines de la fundación no van tanto dirigidos a los trabajadores/as aportantes en su concreta individualidad cuanto al colectivo empresarial y a sus intereses generales (“prestación de servicios de fomento de la formación profesional, de la investigación y de la mejora del empleo, de promoción y desarrollo de acciones de mejora de la salud laboral y la seguridad en el trabajo, de impulso y desarrollo de las relaciones socio laborales en el sector de hostelería y el turismo, contribuyendo a la mejora del diálogo social en todos los ámbitos de negociación colectiva en el sector, y de promoción general del sector de la hostelería y el turismo” ya mencionados), de tal manera que el sujeto aportante (trabajador/a) no es el destinatario directo de la obra fundacional, al menos en los términos concretos y específicos de cada caso, siendo de tener en cuenta, por otro lado, que fines como el primero y tercero referidos (formación y salud y seguridad en el trabajo) incumben de antemano *ex lege* al empresario en cuanto correlativos derechos de los trabajadores/as (art 4.2.b) y d) y 25 del ET) y en términos de cobertura exclusiva o compartida pero desde la ley, sin que ni siquiera la previsión de su fomento o mejora dé pie suficiente a entender que ello permite la coaportación adicional de la parte social, en tanto en cuanto, desde el propio principio, no se trata de cumplir unos mínimos legales al respecto sino de abarcar el completo contenido de tales deberes por quien corresponda en evitación de las consecuencias negativas que lo contrario pueda suponer.

No cabe olvidar, en fin, que conforme al art 68.3.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, se parigualan los donativos y las aportaciones a entidades sin fines lucrativos, entre las cuales, según la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, se cuentan las fundaciones, conforme a su art 2 a).

En estas condiciones, debe repararse igualmente que la capacidad exigible para hacer donaciones no se reduce a la de contratar sino que también requiere la libre disposición de los bienes conforme al art 624 del CC, y aunque nada impide que se hagan donaciones por medio de apoderado, es necesario que éste posea un poder especial para ello, siendo, en fin, distinto que sea dicho apoderado quien las haga o ejecute de quien las decida, de todo lo cual se deduce que o la donación o aporta-

ción se acuerda por el titular del bien o cosa donada-aportada, o se requiere un título especial en tal sentido, lo que no puede hallarse en el principio general que sustenta la negociación colectiva.

SEXTO. Por otro lado, la financiación de la fundación por la vía de las aportaciones, supone, como se ha indicado, algo diferente de la deducción salarial propiamente dicha que se practica por la empresa a fin de cumplir algunos de los siguientes fines: efectuar las retenciones por IRPF, cubrir la cuota del trabajador a la Seguridad Social (ambas cargas de éste conforme al art 26.4 del ET), la cuota sindical de los afiliados previa conformidad de cada trabajador (art 11.1 de la LOLS), el canon de negociación para atender económicamente la gestión de los sindicatos de la comisión negociadora también con la conformidad (escrita) del trabajador (art 11.2 de la LOLS), y, en fin, compensar (art 1156 del CC en relación con los arts 1195 - 1202 de dicho texto legal) los anticipos o los productos recibidos en especie en cuanto modo de extinguirse obligaciones recíprocas.

Lo sindical, en concreto, tiene su apoyo en el art 28 de la Constitución Española (CE) y en el derecho de todos a sindicarse libremente, lo que implica asimismo, y de adverso, el derecho a no hacerlo, todo lo cual se enmarca entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, sin que a ello pueda parangonarse el derecho de fundación del art 34 de la Norma Suprema, que figura entre los derechos y deberes, sin adjetivar, de la misma, por lo que no es posible entender la existencia del derecho a no fundar a los efectos litigiosos y en los términos de comparación que pretende la parte recurrente.

No obstante ello, ha de tenerse en cuenta que, según ha quedado ya expresado, la Fundación Laboral Hostelería y Turismo es el instrumento paritario del sector constituido por los firmantes del Acuerdo, es decir, por la representación empresarial y la de los trabajadores, que ostentan, respectivamente, las asociaciones empresariales y las organizaciones sindicales suscribientes de dicho instrumento jurídico, de tal modo que por lo que respecta a los representantes de los trabajadores/as, que es lo que aquí interesa, puede presentarse un teórico conflicto de intereses, en tanto que se identifican los firmantes del texto con quienes cogestionan las aportaciones de aquéllos.

La representatividad, pues, está limitada por su ámbito y por su alcance, que no incluye la financiación de la fundación, sobre todo cuando, como aquí sucede, los fines de la misma son muy genéricos y no concretan beneficios reales y efectivos a los trabajadores/as mientras que la aportación de los mismos constituye, por el contrario, una inversión específica en los términos porcentuales prefijados en el Acuerdo, imputada por sus representantes.

SÉPTIMO.- Los amplios términos en que se expresan el art 82.2 del ET respecto de la negociación colectiva y el 85 respecto de su contenido, permiten, en principio, el establecimiento de estructuras estables de gestión en materia laboral, pero, como indica el Mº Fiscal en su informe con alusión al recurso de la Abogacía del Estado, ello no impide que el convenio se halle sometido a la ley, “de modo que la misma no pueda ser vulnerada en la negociación colectiva”, y no existe precepto legal que autorice ese desplazamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores afectados por el ALEH IV.

En el caso enjuiciado las aportaciones de los trabajadores/as se contemplan desde el Anexo del mencionado Acuerdo como evidentes deducciones salariales periódicas y concretas a practicar por la empresa, cuando dice que se trata, como ya se ha expresado, de “*aportaciones a cargo de las empresas y de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del ALEH, en cuantía del 0,10 por 100 de la base de cotización de contingencias comunes a cargo de la empresa y del 0,10 por 100 de la base de la misma base de cotización a cargo del trabajador o trabajadora* “. Se trata, pues, de una concreta obligación de tracto sucesivo en pro de un genérico e hipotético beneficio derivado de la realización de los fines de la fundación y cuyo cumplimiento comportaría, teóricamente, el sostenimiento en el tiempo de los fines fundacionales formulados en abstracto o de un modo solamente general, sin que tampoco se conozcan la estructura y funcionamiento de la propia fundación, que serán materia de sus estatutos, de modo que el aportante se vincula de antemano por decisión exclusiva de sus representantes y sin conocer los términos concretos de dichos fines, tratándose, en definitiva, del establecimiento de un continuado desplazamiento económico obligatorio, que no posee ni un apoyo en el consentimiento expreso del individuo ni en una norma con rango de Ley y sin que no sólo no se cuente con la aquiescencia previa individual al desembolso personal previsto sino que tampoco se prevea ningún tipo de mecanismo por el que el trabajador pueda apartarse, antes o después, de dicha aportación.

En tales condiciones, resulta evidente que no se pueden establecer tampoco términos comparativos con otras deducciones o reducciones económicas, cual las penalizadoras acordadas en vía convencional para otro tipo de casos (como la falta de preaviso del trabajador en su apartamiento de la empresa) ni, en fin, es suficiente dicha vía para instaurar esa aportación por el hecho de que el art 8 del Convenio 95 de la OIT sobre la protección del salario, ratificado por España el 24 de junio de 1958, disponga que “los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral” y que únicamente “se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las

condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos descuentos”, porque, como ya se ha expresado, no se trata, en realidad, de un descuento salarial propiamente dicho sino de una aportación, aun cuando sea lógico entender que se utilice para ello el recurso al descuento en nómina, lo que, por otra parte, no consta en el Acuerdo, donde únicamente se precisa la cuantía de dicha aportación, resultando, de cualquier modo, distinta la capacidad para decidir una aportación de cada trabajador/a a un determinado fin, de la capacidad para negociar los descuentos que procedan en el salario, que sería, en este caso, consecuencia de la anterior.

Por cuanto antecede y de conformidad con la propuesta del M^o Fiscal, procede la estimación del recurso».

* **ATS de 30 junio 2016** (Social) (JUR 2016, 256155)

Ponente: M^a Luisa Segoviano Astaburuaga

Resumen: *Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público.*

Razonamientos Jurídicos

«En lo que a la cuestión casacional planteada interesa, la sentencia confirma el pronunciamiento de instancia que reconoció el carácter privado de la Fundación demandada porque, del examen conjunto de la prueba se desprende que no se ha acreditado ni la composición de las aportaciones en el momento de constituirse la Fundación, ni el origen de su patrimonio, sin que el hecho de que conste que el 78% de sus ingresos provengan de la actividad de los servicios que prestan o que el su principal cliente sea el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales la conviertan en Fundación pública.

Por otra parte, no ha quedado acreditado que la Fundación demandada esté participada en un 90% por el Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat, al no haberse aportado las escrituras de la Fundación ni las cuentas anuales de los últimos ejercicios.

Recorre en casación unificadora la Fundación demandada insistiendo su carácter público e invocando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2014 (R. 4964/2013), en la que el debate que suscita se centra en determinar si la fundación demandada, Fundación Privada Salud Emporda (en adelante FSE), pertenece al sector público a efectos de la aplicación a sus trabajadores del descuento de la paga extraordinaria de Navidad/2012 previsto en el art. 2 RD-L 20/2012, cuya decisión impugnan los sindicatos demandantes en procedimiento de conflicto colectivo.

La sentencia de instancia estimó la demanda al considerar que dicha entidad no está incluida en el sector público atendiendo a la condición privada de su fundador (dando con ello una solución a la supresión realizada por la L 7/2012 de la definición de “fundación pública que daba el art. 331.2 CC catalán). Pero la sentencia de suplicación estima el recurso de la Fundación demandada y declara su carácter público por considerar que esa laguna debe integrarse con arreglo a la legislación actual tal como realiza la sentencia de la Audiencia Nacional de 19/07/2013 (R. 142/2013) que transcribe, y cuya doctrina considera aplicable al caso para concluir que, si bien FSE no pertenece al sector público de la administración autonómica, si pertenece al local, porque la mayoría de los derechos de voto de los miembros de su Patronato recae en personas dependientes o nombradas por entes locales, sin olvidar el voto de calidad correspondiente al presidente, y porque más de la mitad de su patrimonio tiene origen público, estando su personal encuadrado dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivo de la XHUP 2005-2008.

Tras lo cual, teniendo en cuenta que el ordinal 10º del modificado relato fáctico indica que la patronal del sector público sanitario ha planteado conflicto colectivo pendiente de resolución para el reintegro de la paga extraordinaria abonada a los trabajadores antes de la entrada en vigor del RD-L 20/2012, concluye declarando de oficio la nulidad parcial de la sentencia de instancia para que partiendo de que la demandada pertenece al sector público, acuerde la suspensión del procedimiento hasta que recaiga sentencia firme que resuelva aquél procedimiento de conflicto colectivo, al constituir un claro supuesto de prejudicialidad que produce el efecto de cosa juzgada positiva sobre los procedimientos que tengan idéntico objeto como sería el del caso de autos.

Lo expuesto evidencia la falta de contradicción porque los supuestos comparados son distintos. En lo que se refiere al tema de la naturaleza jurídica de la Fundación demandada, aparte de que las Fundaciones sean distintas, resulta que en la de contraste la composición del Patronato es fundamentalmente pública, pues la mayoría de los derechos de voto de los miembros que lo componen recae en personas dependientes o nombradas por entes locales, sin olvidar que el voto de calidad corresponde al Alcalde que es el presidente, a lo que se suma que más del 50% de su patrimonio es de origen público. Sin embargo, en la sentencia impugnada no consta el origen de los fondos de la Fundación, ni la participación del Ayuntamiento en su órgano de gobierno, al no haberse aportado las escrituras de constitución».

* **ATS de 13 septiembre 2016** (Social) (JUR 2016, 217323)

Ponente: José Luis Gilolmo López

Resumen: *Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público. Criterios para adscribir al sector público a fundaciones privadas.*

Razonamientos Jurídicos

«PRIMERO. (...)

SEGUNDO. Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 29 de junio de 2015, R. Supl. 2647/2015, que desestimó íntegramente los recursos interpuestos por el comité de empresa del hospital de la Santa Creu i Sant Pau, y la Associació professional D'Infermeria, contra la sentencia de instancia, que fue confirmada en su totalidad.

La sentencia de instancia había desestimado íntegramente las demandas promovidas por la Associació professional d'Infermeria Sant Pau y el Comité de Empresa, contra la entidad Fundació de Gestió Sanitaria de L'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau, absolviendo a la entidad demandada de toda pretensión ejercitada contra ella.

La demandada Fundació de Gestió Sanitària de l'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau está dedicada a la prestación de servicios sanitarios en régimen hospitalario y fue constituida el día 18 de marzo de 1991, por la Fundació Privada de l'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau. En sus estatutos originales se definió como fundación privada de carácter benéfico-asistencial, y reguló como órgano de gobierno un Patronato constituido por cinco miembros, tres de los cuales serían representantes de la Generalitat de Catalunya, otro del Ayuntamiento de Barcelona, y otro del Arzobispado de Barcelona.

En 2004 se acordó una modificación de sus estatutos, variando su denominación, y en 2012 se volvieron a modificar eliminando de su denominación el adjetivo "privada", definiéndola como una entidad sin ánimo de lucro; regulando como órgano de gobierno y administración el Patronato, configurándolo como un órgano colegiado, integrado por cinco miembros designados por la Fundación a propuesta de la Generalitat de Catalunya (3 miembros), el Ayuntamiento de Barcelona (1 miembro), y el Arzobispado de Barcelona (1 miembro).

Según el control financiero de la entidad demandada llevado a cabo por la Generalitat de Catalunya, en los ejercicios 2011 y 2012 se ha producido una desviación negativa por operaciones no financieras respecto al objetivo presupuestario, acordándose establecer medidas excepcionales de seguimiento y control de la gestión de la entidad demandada.

(...)

La llamada paga variable de objetivos, prevista en el art. 54 del convenio colectivo, se ha ido abonando cada año, en función del grado de cumplimiento de los objetivos fijados para cada trabajador, unidad o departamento.

La entidad demandada fijó los objetivos correspondientes al año 2012, valoró su grado de cumplimiento, comunicando la dirección de la entidad a los representantes de los trabajadores que no abonaría dicha paga variable, por aplicación de la normativa presupuestaria de la Generalitat de Catalunya.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por el Comité de Empresa y por l'Associació Professional D'Infermeria.

La Sala, (...) no aprecia error alguno en la argumentación de la resolución recurrida, porque considera que es perfectamente posible que una entidad privada esté sujeta a los presupuestos de la GENCAT, como ocurre en los supuestos de las sociedades mercantiles o las fundaciones que se hallen participadas mayoritariamente por la GENCAT (art.22.bis del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, art.1.1h de la LPGC 2012, art.2.2 de la ORDEN ECO/95/2011, de 25 de mayo, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la GENCAT para el año 2012).

En cuanto a la cuestión de la naturaleza privada o pública de la Fundación, la sentencia manifiesta que se trata de una cuestión ya resuelta por la Sala en anteriores ocasiones, en resoluciones que se citan y en las que se argumentaba que se habían abordado cuestiones relativas a dicha Fundación de Gestió Sanitaria del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau, sin que en ningún momento se hubiera planteado la condición de Administración Pública, concluyendo ya entonces que se trata de una fundación privada participada mayoritariamente por la Generalitat de Catalunya, resultando de aplicación a las relaciones laborales del Personal Facultativo el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa, y en la que se decía que la parte demandada reconocía explícitamente en su denominación la naturaleza privada y con ella se habían otorgado los poderes para la representación en el procedimiento.

Igualmente se cita un párrafo de una sentencia previa de la propia Sala de Cataluña en la que se dice que el Patronato, según el art 16.e) de los Estatutos es un órgano colegiado constituido por cinco miembros designados por la Muy Ilustre Administración, siendo también relevante que la Fundación esté registrada como privada.

La sentencia concluye que la anterior doctrina resulta plenamente aplicable al objeto del recurso, sin que existan razones para su modificación.

En segundo lugar, y dada la naturaleza privada de la fundación, se debate a continuación la aplicación a su personal del art. 28.1 de la LPGC 2012, que establece que

durante el ejercicio 2012 no se prevén retribuciones vinculadas a la productividad o conceptos análogos, lo que implicaría la privación al personal de la Fundación del complemento previsto en el art. 54 del Convenio Colectivo (complemento variable no consolidable, que retribuye el logro de objetivos previamente establecidos en función de su grado de consecución).

Para determinar si es o no aplicable a la Fundación demandada el art. 28 de la LPGC 2012, acude a su vez al art. 24 de la misma LPGC 2012, en cuyo apartado h) se establece que el art. 28 es aplicable al personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, y así en el caso de la Fundación, al constar probado que tres de los cinco miembros del patronato lo son en representación de la GENCAT, designados por el órgano de gobierno de la Fundación pero a propuesta de la Generalitat, ello determina para la Sala que quien decide quién ocupa el cargo, es quien tiene la capacidad para proponerlo y así, es la Generalitat quien dispone en realidad de la mayoría directa o indirecta de los derechos de voto, por lo que le resulta de aplicación el Título III de la LPGC 2012.

TERCERO. Recurren en casación para la unificación de doctrina tanto la Associació profesional D'Infermeria Sant Pau, como el Comité de Empresa del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau, articulando la primera un motivo de recurso, y tres motivos la segunda.

El motivo de recurso que articula la Associació profesional D'Infermeria Sant Pau, se refiere a la determinación de los criterios aplicables para establecer cuándo una fundación o sociedad pertenece al sector público.

El motivo de recurso coincide con el segundo motivo formulado por el Comité de Empresa, por lo que va a ser analizado conjuntamente.

Proponen ambas recurrentes como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de marzo de 2015, R. Supl. 6923/2014.

En la referencial, la cuestión controvertida venía referida a la aplicabilidad al personal laboral de fundaciones integradas en el Grupo Universitat de Barcelona del Acuerdo de la Generalitat de Catalunya de 26 de febrero de 2013 que suprimía una de las pagas extras del ejercicio 2013, y ello en función de la pertenencia de la fundación al sector público. La sentencia de contraste se remite a una resolución anterior de la misma Sala en la que se concluía que la entidad demandada tenía la consideración de fundación pública, con independencia de su nomen iuris, porque la mayor parte de su patrimonio tenía origen público y porque estaba integrada en la Universidad de Barcelona, con la que había de compartir destino y naturaleza jurídica; destino, concluye, que también ha de ser común para el personal que presta servicios formalmente para la universidad pública y para la Fundación de la que ésta depende, en orden al régimen retributivo.

A mayor abundamiento y en cuanto afecta a las fundaciones se cita en la referencial una sentencia de la Audiencia Nacional, en la que igualmente se concluía que aunque la ley de Cataluña que regula las fundaciones no define lo que debe entenderse por fundación del sector público, sí lo hace la normativa presupuestaria, concluyendo en definitiva que la fundación pertenecía al sector público por cuanto había mayoría directa o indirecta de la Generalitat en los derechos de voto de los órganos de gobierno o el patronato, y así en el caso de la referencial se concluyó considerando aplicable a la fundación demandada el Acuerdo de la Generalitat de reducir el equivalente a una paga extraordinaria de la retribución anual.

La contradicción no puede apreciarse porque a los efectos de la pretensión deducida, que es la afectación al personal de la fundación de la Ley presupuestaria de la Generalitat de Catalunya, las resoluciones no son contradictorias, aplicando en el fondo la misma disposición y la misma argumentación, para concluir, en lo que afectaba estrictamente a aquella pretensión en la sentencia recurrida, que era aplicable el art. 28 de la LPGC 2012, porque el art. 24 de la misma LPGC 2012, en su apartado h) se establece que el art. 28 es aplicable al personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, y en el caso de la Fundación, tres de los cinco miembros del patronato lo son en representación de la GENCAT.

En la referencial se argumentaba en el mismo sentido acudiendo a la normativa presupuestaria, refiriéndose igualmente al art. 24.h) de la Ley presupuestaria de Cataluña para el año 2012 que aplicaba, al menos en materia de personal, las disposiciones de ese título de dicha ley a todo el personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat. El argumento se completaba con referencia a la orden EC0/95/2011, de 23 de mayo que dictaba normas para la elaboración de los presupuestos para la Generalitat de Catalunya para el año 2012 y en cuyo art. 2.1 se disponía que dichos Presupuestos incluían a las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, debiendo considerarse mayoritaria cuando la Generalitat dispone de manera directa o indirecta de los derechos de voto de los órganos de gobierno o del patronato.

CUARTO. Para el primer motivo de recurso del comité de empresa del Hospital de la Santa Creu y Sant Pau, centrado en la aplicación de las normas de contención del gasto público a una fundación, se cita de contradicción la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 7 de mayo de 2012, R. Supl. 668/2012.

La contradicción no puede apreciarse porque en el caso de la sentencia recurrida consta probado que tres de los cinco miembros del patronato lo son en representación de la GENCAT, designados por el órgano de gobierno de la Fundación pero a propuesta de la Generalitat, y así, es la Generalitat quien dispone en realidad de la

mayoría directa o indirecta de los derechos de voto, por lo que le resulta de aplicación el Título III de la LPGC 2012.

En el caso de la sentencia de contraste, sin embargo, se planteaba la aplicación al personal de la Universidad de Vic los criterios de reducción de las retribuciones salariales establecidos por el Decreto ley 3/2010 de 29 de mayo.

La sentencia de contraste va a confirmar el criterio de la sentencia de instancia constatando la naturaleza pública de la Fundación, pero en la que la participación de la Generalitat no es mayoritaria constando que en su Patronato sólo tiene tres representantes de un total de 18 miembros, 12 de los cuales representan al sector público (9 son miembros de Entes locales y 3 de la Generalitat), siendo los 6 restantes escogidos entre personas de prestigio académico, social o empresarial, nombrados por el Patronato.

En cuanto a la inclusión de los representantes de la Administración local, la sentencia de contraste concluyó que no constaba en hechos probados el porcentaje de participación en su financiación de cada uno de los Entes públicos y privados que integraban el Patronato, por lo que no se podía afirmar que hubiera en la fundación una participación mayoritaria de los Entes Locales en los recursos de la Universidad. Así, partiendo de aquellas fuentes de financiación se decía en la sentencia que dado que no constaba que los entes locales hubieran aplicado en sus presupuestos municipales lo previsto en la normativa básica estatal respecto de tal Fundación, no podía aplicárseles la Ley 26/09 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado.

QUINTO. El tercer motivo de recurso del Comité de empresa del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau se refiere a los criterios para adscribir fundaciones privadas al sector público, de acuerdo con la ley de presupuestos.

Cita de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de octubre de 2014, R. Supl. 3543/2014.

En la sentencia de contraste se debatía la aplicabilidad al personal laboral de la fundación demandada del Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya 19/2013 de 26 de febrero, de suprimir una de las pagas extras del ejercicio 2013.

La referencial confirma íntegramente la resolución de instancia que había estimado la petición subsidiaria de la demanda de conflicto colectivo y en la que se planteaba la aplicabilidad al personal laboral de la fundación demandada del Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de suprimir una paga extra del ejercicio de 2013.

La sentencia parte del relato fáctico de la sentencia de instancia, para considerar que la demandada tiene consideración de fundación pública, porque la mayor parte de su patrimonio tiene origen público y porque está integrada en la Universidad de Barcelona, con la que comparte destino y naturaleza jurídica, destino que, dice la Sala, ha de ser común para el personal que presta servicios formalmente para la

Universidad pública y para la fundación que depende de ella, en orden al régimen retributivo.

La referencial manifiesta que la expresión fundaciones del sector público tiene su origen en la regulación presupuestaria y que acudiendo a esta normativa en ausencia de una regulación en la normativa de fundaciones, el [art. 24.h](#) de la [Ley 1/2012 de 22 de febrero](#) de presupuestos, dispone la aplicación de las normas de ese título a todo el personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, concluyendo en este caso que la fundación demandada pertenecía al sector público por haber en ella, de manera directa o indirecta, mayoría de la Generalitat en los derechos de voto de los órganos de gobierno o en el patronato, y de ahí que los presupuestos de la FUOC se encuentren expresamente recogidos en la ley 1/2012 de 22 de febrero, de presupuestos.

La contradicción no puede apreciarse porque las sentencias que se comparan comparten el mismo criterio a la hora de determinar el carácter público o privado de las fundaciones, en orden a la aplicación a su personal de la normativa presupuestaria.

En la sentencia recurrida se concluía que para determinar si era o no aplicable a la Fundación demandada el art. 28 de la LPGC 2012, se acudía al art. 24 de la misma LPGC 2012, en cuyo apartado h) se establece que el art. 28 es aplicable al personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, constando probado en aquel caso que tres de los cinco miembros del patronato lo son en representación de la GENCAT, designados por el órgano de gobierno de la Fundación pero a propuesta de la Generalitat, que es quien dispone en realidad de la mayoría directa o indirecta de los derechos de voto, por lo que le resulta de aplicación el Título III de la LPGC 2012.

En la referencial sin embargo, la demandada tiene consideración de fundación pública porque la mayor parte de su patrimonio tiene origen público y porque está integrada en la Universidad de Barcelona, con la que comparte destino y naturaleza jurídica, destino que, dice la Sala, ha de ser común para el personal que presta servicios formalmente para la Universidad pública y para la fundación que depende de ella, en orden al régimen retributivo. Además añade la referencial, acudiendo a la normativa presupuestaria, el [art. 24.h](#) de la Ley 1/2012 de 22 de febrero de presupuestos, dispone la aplicación de las normas de ese título a todo el personal al servicio de las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat, concluyendo en este caso que la fundación demandada pertenecía al sector público por haber en ella, de manera directa o indirecta, mayoría de la Generalitat en los derechos de voto de los órganos de gobierno o en el patronato, y de ahí que los presupuestos de la FUOC se encuentren expresamente recogidos en la ley 1/2012 de 22 de febrero, de presupuestos.

SEXTO. (...) 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».

V. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

* STS num. 1301/2016 de 2 junio (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 3481)

Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Resumen: *No procede nulidad de la Norma Foral de las Juntas Generales de Guipúzcoa 4/2013, de 17 julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La Comunidad Autónoma del País Vasco nos pide que anulemos la sentencia nº 603, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 30 de diciembre de 2014 en el recurso nº 643/2013. Se trata de la que desestimó el recurso de la Autoridad Vasca de la Competencia contra la Norma Foral de las Juntas Generales de Guipúzcoa 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral (Boletín Oficial de Guipúzcoa nº 139, de 22 de julio).

La impugnación no se dirigía contra la totalidad de la norma foral sino solamente contra sus artículos 4.2, 5, 6 y 7.4 a) y concordantes y discutía principalmente la remisión que en ellos se hace al Convenio Colectivo vigente —a su última redacción— de la Construcción y Obras Públicas de Guipúzcoa. Según se decía en la demanda la imposición del sometimiento a dicho convenio por la contratista contradice la legislación laboral porque impide el “descuelgue” del mismo, afecta a la libre competencia y vulnera el Derecho de la Unión Europea (...).

La Sala de Bilbao aceptó la legitimación de la recurrente pero desestimó su recurso. (...)

SEGUNDO.- Los motivos de casación que la Administración Vasca ha interpuesto, todos conforme al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, contra esta sentencia son los que vamos a resumir a continuación.

(1º) Sostiene, en primer lugar, que la norma foral infringe el artículo 25.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Explica que aquella impone el sometimiento al convenio colectivo mencionado y que, si bien para la sentencia, eso no impide la posibilidad de “descuelgue” prevista en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores ni la aplicación prioritaria del convenio de empresa contemplada por su artículo 84.2, en realidad infringe ese artículo 25 pues permite que se impongan cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico. Para el recurrente las condiciones que exige imponer la norma foral no hacen posible la aplicación del convenio de ámbito superior o el derecho de mínimos cuando se produzca la pérdida de vigencia.

(2º) También considera el recurrente que la sentencia infringe la Directiva 96/71/CE y la Ley 45/1999 así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias dictadas en los asuntos *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*).

(3º) Asimismo, para la Administración Vasca, la sentencia vulnera el artículo 1 de la Ley Contratos del Sector Público pues afecta a la libre competencia por establecer barreras de entrada que restringen o impiden el acceso al mercado. Dice, sobre el particular, que la exigencia de imponer las condiciones de trabajo del convenio guipuzcoano -no todas las cuales son disposiciones imperativas de protección mínima— discrimina a las empresas que aplican un convenio diferente. Y, en contra de lo afirmado por la sentencia, señala el recurrente que la normativa europea distingue entre disposiciones imperativas de protección mínima, exigibles a todas las empresas, y el resto cuya imposición, dice, resultaría discriminatoria y restrictiva de la competencia.

(...)

QUINTO. (...) es menester dejar constancia de que la norma foral contra la que interpuso su recurso la Autoridad Vasca de la Competencia fue impugnada también por el Abogado del Estado y la sentencia nº 617, dictada el 30 de diciembre de 2014 por la Sección Primera de la Sala de Bilbao acogió en parte sus pretensiones, anulando el capítulo III de la misma sobre “VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS DE CARÁCTER SOCIAL” y el inciso 3 del artículo 5 por considerar que las Juntas Generales habían introducido en ellos normas en materia -la de contratación administrativa— sobre la que carecen de competencia. Nuestra sentencia de 31 de mayo de 2016 (casación 850/2015) confirmó el juicio alcanzado en la instancia.

En esa ocasión nos apoyamos en nuestra precedente sentencia de 26 de noviembre de 2015 (casación 3405/2014), confirmatoria de otra, también dictada por la Sala de Bilbao, el 11 de julio de 2014 en el recurso contencioso-administrativo nº 773/2013, que anuló la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya sobre criterios de mantenimiento de las condiciones de trabajo y medidas

de carácter social para su aplicación a los procedimientos de contratación. Sentencia de instancia cuyos razonamientos recogió el voto particular a la que es objeto de este recurso de casación para sostener que procedía la anulación de toda la norma foral guipuzcoana.

Esa sentencia de 26 de noviembre de 2015 (casación 3405/2014) rechazó el motivo de casación interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya según el cual la instrucción vizcaína no comportaba la incorporación de contenidos normativos sino que se limitaba, como decía su nombre, a meras instrucciones a los titulares o miembros de los órganos administrativos forales a los que se dirigían sin establecer derechos y obligaciones para terceros. La desestimación del motivo se debió a que la recurrente no analizó de qué modo la sentencia de instancia habría infringido el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni la jurisprudencia que invocaba. Además, explicaba esta Sala que el escrito de interposición se limitaba a realizar afirmaciones genéricas sobre la configuración de las instrucciones y circulares sin tener en cuenta la doctrina jurisprudencial que les niega idoneidad para regular derechos y deberes, tal como señaló la Sala de Bilbao. En fin, la Sala reprochó a la Diputación Foral de Vizcaya no haber combatido los argumentos de la de instancia sobre los concretos preceptos que muestran que lo regulado va más allá de una simple instrucción al referirse a terceros, como, por otra parte, decía, evidencia la propia introducción de la Instrucción.

Todavía nuestra sentencia de 23 de mayo de 2016 (casación 1383/2015) ha anulado la de la Sala de Bilbao de 4 de marzo de 2015 (recurso nº 152/2013) que estimó en parte las pretensiones del Abogado del Estado y anuló el capítulo III y el artículo 5.2, párrafo 3, de la Norma Foral de las Juntas Generales de Álava 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral. En esta ocasión, hemos estimado el recurso de casación del Abogado del Estado y anulado en su totalidad dicha norma foral por apreciar la infracción de la disposición adicional segunda y de la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 3/2011, en relación con los artículos 114, 115 y 118 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por esa disposición con fuerza de ley. En definitiva, por la falta de competencia de las Juntas Generales de Álava para establecer normas en materia de contratación administrativa.

Pues bien, en este caso, no se suscitan las cuestiones ni se invocan los preceptos objeto de debate en los procesos a que han dado término esas tres sentencias nuestras. Aquí la demanda de la Autoridad Vasca de la Competencia cuestionaba otros preceptos distintos de los anulados ya de manera firme. Así, no se discuten los mismos artículos anulados a instancias del Abogado del Estado en el pleito que terminó con

nuestra sentencia de 31 de mayo de 2016 (casación 850/2015), a excepción del artículo 5.3, inciso segundo. No obstante, este último se discutía desde el punto de vista de la indicada falta de competencia foral para producir normas en materia de contratos administrativos y no desde la perspectiva adoptada por los motivos de casación aquí interpuestos.

SEXTO. Hechas las precisiones anteriores, añadiremos que en este proceso (...) sobre dos ideas principales. Una de ellas es la de que la norma foral controvertida impone inevitablemente la sumisión al último texto existente del Convenio de la Construcción y Obras Públicas de Guipúzcoa vigente, impidiendo absolutamente que el contratista se rija, en lo que al convenio colectivo aplicable se refiere, por otro distinto, ya sea el de empresa, ya sea otro de ámbito superior, extremos sobre los que inciden el primero y el segundo motivo. La otra idea, a la que responden el segundo y el tercer motivo es la de que la norma foral, por exigir unas determinadas condiciones de trabajo, pone una barrera a la entrada en el mercado de la contratación de obras públicas foral guipuzcoano.

La sentencia, sin embargo, ha argumentado, con razonamientos no desvirtuados por la recurrente que no es válido su punto de partida porque la mención a un concreto convenio por los artículos 4.2 y 5 de la norma foral se enmarca en el más amplio sometimiento a la legislación laboral vigente, es decir, a las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales en vigor. Por tanto, en la medida en que esa legislación permita aplicar un convenio distinto al del lugar, tal posibilidad ha de considerarse incluida en la previsión de la norma foral. (...).

El segundo motivo tampoco atiende a los razonamientos de la sentencia que explican, de una parte, que las cláusulas que las Juntas Generales quieren que se incluyan en los contratos que nos ocupan se corresponden con las previstas en la Ley 45/1999 y, por tanto, con la Directiva 91/76/CE. Y, de otra parte, esos argumentos apuntan a que no hay contradicción con la jurisprudencia de Luxemburgo. (...).

Por último, el tercer motivo, ni nos dice de qué manera se han de distinguir las prescripciones de protección mínima de las restantes, ni por qué ha de impedir la libre competencia la inclusión en los pliegos de los contratos de cláusulas sociales a que alude la norma foral ni las condiciones derivadas del convenio del lugar, aplicable como regla. Además, vuelve a aparecer aquí la insuficiente crítica a la contextualización de la remisión al convenio guipuzcoano de la construcción a la que ya hemos puesto de relieve».

ÍNDICE CRONOLÓGICO

* STS num. 1301/2016 de 2 junio de 2016 (Cont.-Admvo.) (RJ 2016, 3481) No procede nulidad de la Norma Foral de las Juntas Generales de Guipúzcoa 4/2013, de 17 julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral	347
* STS num. 590/2016 de 30 junio de 2016 (Social) (RJ 2016, 3598) Fundación Laboral. No es lícito el establecimiento de aportaciones obliga- torias (0,10% de la base de cotización de contingencias comunes) de los trabajadores para la financiación de la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo creada en el propio Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, sin que exista precepto legal que autorice ese despla- zamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores/s afectados por el acuerdo	331
* ATS de 30 junio 2016 (Social) (JUR 2016, 256155) Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público.....	339
* STS num. 468/2016 de 7 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2898) Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley dero- gada, estando ahora dicha materia regulada en la Disp. Ad. 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). Respon- sabilidad de la entidad bancaria receptora de las cantidades a cuenta, por no exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía. En este caso el Tribunal reconoce la responsabilidad de la entidad bancaria pese a que la cuenta no tenía la consideración de especial, siendo sufi- ciente con que dicha cuenta recibiera los anticipos de los cooperativistas. No responde en cambio por este concepto la entidad financiadora de la promoción, ni aquella que pudiera recibir con posterioridad los fondos cons- tituidos por las aportaciones de los cooperativistas.....	283

* STS núm. 463/2016 de 7 julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2893)

Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias, el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC 321

* STS num. 469/2016 de 12 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 3562)

Aplicación a las cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley derogada, estando ahora dicha materia regulada en la Disp. Ad. 1.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). La garantía de devolución de las cantidades anticipadas constituye un derecho irrenunciable aplicable también en beneficio de los cooperativistas de viviendas, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación. Cuando, como en caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado. Una vez recuperadas por el cooperativista las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria..... 284

* STS de 14 de julio de 2016 (Civil) (RJ 2016, 2965)

No procede la caducidad de la acción de impugnación de Cooperativa de acuerdos de asamblea general al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo fijado por la ley aunque fuera ante tribunal territorialmente incompetente 296

- * *STS num. 665/2016 de 14 julio (Social) (RJ 2016, 4085)*
Prestación de desempleo de quien simultanea cargo societario, por el que no percibe retribución, y trabajo ordinario y retribuido para la propia entidad. Inexistencia de contradicción a efectos del recurso por unificación de doctrina, por existir una diferencia fáctica que comporta la aplicación de normas distintas; en un caso se trata de una sociedad limitada laboral y en otro de una sociedad ordinaria. Desempeñar un cargo gerencial en sociedad de capital común es distinto a hacerlo en una compañía mercantil de carácter laboral. Se trata de dato fáctico que posee trascendencia pues arrastra consigo la aplicación de normas con contenido heterogéneo. Desde tiempo atrás la Sala viene llamando la atención sobre la diferencia que surge en función del tipo de sociedad por cuya cuenta se trabaja 316
- * *STS num. 1856/2016 de 19 julio de 2016 (Cont.-admvo.) (RJ 2016, 4389)*
Revocación improcedente de la declaración de utilidad pública de asociación al faltar la acreditación por la Administración de que los fines de la asociación hayan dejado de estar afectos a la promoción del interés general, cuando su actividad que no ha variado desde su fundación 321
- * *STS num. 531/2016 de 14 septiembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 4110)*
Se contrata la asociación a un club con derecho a usar una suite «flotante» de un dormitorio en una semana también «flotante». No puede reconducirse dicho contrato a la figura del arrendamiento a que se refiere el art. 1.6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) ya que se «compra» un «derecho de asociación» a un Club para uso de un apartamento sin fijación de plazo. Excluida tal posibilidad de arrendamiento, nos encontraríamos en su caso ante la constitución de un derecho personal fuera de las previsiones legales, faltando a la exigencia del artículo 9.1.2 de aquella Ley que requiere que, en cuanto el objeto, ha de tratarse de un alojamiento concreto. Al no cumplir con tales exigencias, el contrato queda sujeto a la sanción de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 1.7 de dicha Ley que, en el caso, cabe relacionar con lo dispuesto por el art. 1261CC 324
- * *ATS de 13 septiembre 2016 (Social) (JUR 2016, 217323)*
Determinación del carácter público o privado de la Fundación demandada a efectos de la aplicación de las normas de contención del gasto público. Criterios para adscribir al sector público a fundaciones privadas..... 341

* STS num. 2393/2016 de 8 noviembre de 2016 (Cont.-admvo.) (RJ 2016, 5816)

Inscripción impropia de marca de asociación («APAF-Asociación Profesional de Administradores de Finca»). Incurrir en varias prohibiciones absolutas. Los vocablos utilizados son genéricos y sin fuerza identificadora induciendo al destinatario a error de que los servicios prestados por dicha empresa se corresponden con la actividad profesional y colegiada de los administradores de fincas y que los presta precisamente la asociación oficial (Colegio Oficial de Administradores de Fincas) que representa a ese colectivo..... 327

* STS num. 934/2016 de 8 de noviembre de 2016 (Social) (RJ 2016, 5745)

Legitimidad de una asociación de empresas cooperativas, que además constituyen un grupo cooperativo para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito. La asociación de empresas demandante es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, cuya licitud no ha sido impugnada; estando legitimada para negociar el convenio colectivo porque si bien es un grupo empresarial, no hay ni caja única con permeabilidad operativa y contable, ni confusión patrimonial, teniendo en cuenta la configuración de los SIP (Sistema Institucional de Protección) por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de crédito: “no implica la pérdida de su personalidad, ni la confusión de sus patrimonios, sino dotar a cada una de las entidades integradas en el grupo de la necesaria solvencia y liquidez frente a terceros durante el tiempo convenido”. Inexistencia de grupo patológico de empresas 298

* STS num. 2408/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6375)

* STS num. 2409/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6377)

* STS num. 2410/2016 de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6445)

La excepción a las cooperativas segundo o ulterior grado que comercializan vinos elaborados por sus bodegas de los límites de las ayudas para la promoción de los vinos y productos previstos en el Real Decreto 1079/2014, no se puede considerar que suponga un trato de favor para este tipo de cooperativas. La diferente aplicación del umbral del 5%, o no, según el tipo de beneficiario, entre las empresas vinícolas y las cooperativas de segundo o ulterior grado, tiene una justificación objetiva y razonable que impide que se considere tal distinción como arbitraria y discriminatoria 303

* STS de 21 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5730)

Apoderamiento. Reconocimiento de deuda respecto de la liquidación final de una obra otorgado por 2 de los 3 apoderados mancomunados de una cooperativa, al que posteriormente en sede judicial prestó su conformidad el otro apoderado. El Tribunal Supremo declara que, en el caso, dicho reconocimiento de deuda debe ser ratificado, como “presupuesto ineludible”, por la entidad representada (la Cooperativa), no siéndole vinculante en caso contrario 307

* STS de 22 de noviembre (Social) (RJ 2016, 6089)

Pensión de vejez (SOVI): responsabilidad de la cooperativa obrera por la falta de cotización de una cooperativa obrera por la prestación de sus socios trabajadores, no constando la opción por la Mutuality de trabajadores autónomos..... 311

* STS de 24 de noviembre de 2016 (Civil) (RJ 2016, 5639)

Derecho al reembolso de las participaciones sociales basado en la baja voluntaria y no tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no de la disolución de la cooperativa pactado en contrato de prestación de ayuda financiera mediante compra de títulos de participaciones sociales 311