

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

1 ENERO 2019 - 30 MARZO 2020

**María José Arnau Cosín**

Doctoranda IUDESCOOP - Universitat de València

**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 Agrarias de Transformación*

*III. Asociaciones*

*IV. Fundaciones*

*\* Índice cronológico*



# ÍNDICE SISTEMÁTICO<sup>1</sup>

## I. COOPERATIVAS

### COOPERATIVAS: PRINCIPIO DE PUERTAS ABIERTAS

\* *ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*

Los cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de puertas abiertas y los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la “ratio decidendi” de la sentencia recurrida..... 550

### COOPERATIVAS: PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL SOCIO POR DEUDAS SOCIALES

\* *ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*

Los cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la “ratio decidendi” de la sentencia recurrida..... 550

### COOPERATIVAS: SOCIOS

\* *ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)*

Baja justificada de socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia cooperativista y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación..... 502

\* *STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan..... 574

1. 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.

**COOPERATIVAS: RÉGIMEN ECONÓMICO**

\* STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593)

Capital social en las cooperativas. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan ..... 574

**COOPERATIVAS: ASAMBLEA GENERAL**

\* ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)

Inexistencia de nulidad de acuerdo de la Asamblea General de cooperativa. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaneidad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta..... 521

**COOPERATIVAS: RESPONSABILIDAD PENAL ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS**

\* STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)

Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de una Cooperativa de Viviendas los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión) ..... 523

\* STS núm. 416/2019, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)

Responsabilidad penal del encargado de la gestión económica de la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida al elaborar una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia de la vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales..... 545

### COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

* STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002) .....	492
* STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803) .....	541
* STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435) .....	552
Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Relación entre CTA y cooperativistas	
* STS núm. 126/2020, de 26 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020/593) Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperati- va por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan.....	574
* STS núm. 347/2019, de 8 de mayo, de 2019 (Social) (RJ 2018/2389) Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas .....	507

### COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

* STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093) La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que estos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantida- des abonadas a cuenta del pago de la vivienda .....	497
--	-----

**COOPERATIVAS DE CRÉDITO**

\* STS núm. 181/2020, de 12 de febrero 2020 (Cont.-Admvo) (RJ 2020/386)

Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar el Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103. 2. de la Directiva 2014/59. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos..... 557

\* STS núm. 269/2020, de 25 de febrero (Cont.-Admvo) (RJ 2020/602)

Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. Vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Derecho ..... 567

**II. SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN**

\* STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)

Recurso de revisión. Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados y conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora ..... 582

### III. ASOCIACIONES

\* STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)

Tutela del derecho fundamental de asociación: Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación instado por varios asociados; las razones por las que la Audiencia Provincial desistió su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso.....

585

### IV. FUNDACIONES

\* STS núm. 782/2019, de 6 de junio (Cont.-Admvo) (RJ 2019/2361)

Certificación negativa de la denominación de una Fundación. Reserva temporal de la denominación: extensión únicamente a la denominación literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del Tribunal Supremo .....

593

## COOPERATIVAS

\* STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002)

Ponente: Sebastian Moralo Gallego

**Resumen:** *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

**Nota:** Véase en los mismos términos Sentencias del TS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803) y STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (RJ 2019/5435). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

### Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si un trabajador, socio de una cooperativa de trabajo asociado afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2016, rec. 2214/2016, que acoge el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia de instancia que había estimado la demanda y reconoció la prestación de jubilación anticipada denegada en vía administrativa.



3.- Consta en la sentencia recurrida que el trabajador, nacido (...) 1953, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y ha prestado servicios como socio trabajador (...) desde el 1-10-1994 hasta el 25-3-2014.

El 24 de agosto de 2015, con 62 años cumplidos, solicitó la pensión de jubilación que el INSS le denegó alegando no haberse producido el cese en el trabajo derivado de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción según el art. 207.1, apartado d), punto 1º LGSS de 30 de octubre de 2015.

El 25 de febrero de 2014 la asamblea general extraordinaria (...) había acordado, entre otros puntos, extinguir la obligación y el derecho a prestar su trabajo de los socios trabajadores por causas económicas, con efectos de la resolución favorable de la Autoridad Laboral. Por auto de un juzgado de lo mercantil de 8 de julio de 2014 se declararon extinguidos los contratos de los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa.

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda declarando conforme a derecho la resolución del INSS, porque el demandante no cumple el requisito de que el cese en el trabajo se haya producido por causa no imputable a su voluntad, sino que la extinción de la relación societaria fue el resultado de un acuerdo adoptado en asamblea general y por causas económicas, lo que impide considerar que el demandante fuese ajeno a una decisión que es fruto de la voluntad de los socios, sin la concurrencia en la decisión extintiva de persona o entidad distinta a los propios socios a los que cabe atribuir la condición de empresario.

4.- Ya ha tenido ya esta Sala IV ocasión de pronunciarse en otros asuntos absolutamente idénticos al presente en la SSTS 20/11 (sic)/2018, rcud. 3407/2016; y 19/12/2018, rcud. 2233/2017, en los que concurren exactamente las mismas circunstancias del caso de autos, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado que se encuentran en igual situación jurídica que el demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con los mismos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

Tan absoluta coincidencia nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente.

SEGUNDO.- 1.- Se aporta por el recurrente como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016.

Resolución que confirmó la dictada en la instancia que reconoció el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el actor, junto a los otros seis socios, vio extinguida la re-

lación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161.bis.2.A LGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2.A LGSS.

2.- Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al artículo 201.1.d LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.

TERCERO.- 1.- El recurrente, bajo correcto amparo procesal denuncia infracción de diversas normas; en concreto, del artículo 207.1.d) LGSS, artículo 7.1.g) LGSS; artículo 7 Ley de Cooperativas; así como diversas sentencias de esta Sala.

El LGSS, bajo el título “Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador”, dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una

serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, “Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.<sup>a</sup> El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.<sup>a</sup> El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.<sup>a</sup> La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ... ..”

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del artículo 64 LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

2.- Ahora bien lo que la entidad demanda considera y, con ella, la sentencia recurrida, es que en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado lo que no concurre es el requisito general de que el contrato se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador que solicita el desempleo anticipado puesto que el socio cooperativista no tiene la condición de trabajador a efectos de la jubilación anticipada prevista legalmente puesto que, propiamente, no serían trabajadores por cuenta ajena y, en todo caso, su adscripción al régimen general obedece a la opción contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LGSS que les declara como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

3.- Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio; al contrario, entendemos que, una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el

artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

4.- Hay que destacar, también, que la misma solución se adoptó en nuestra STS de 20 de noviembre (sic) de 2018, rcud. 3407/2016, en la que decimos “Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de *numerus clausus* de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la LGS(sic), resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones” .

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto nos conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, declarando el derecho del demandante a la prestación solicitada en la cuantía legal. Sin que, por imperativo legal, haya lugar a la imposición de costas.»

**\* STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093)**

Ponente: José Antonio Montero Fernández

**Resumen:** *Cooperativas de Vivienda. La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que estos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la vivienda.*

**Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- Objeto del recurso de casación y cuestión de interés casacional.

Se recurre la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2016, estimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra las resoluciones del TEAR de Madrid de 16 de marzo de 2015, dando lugar a la anulación de las liquidaciones provisionales por IRPF ejercicio 2007, 2008 y 2009.

Como se recoge en la sentencia recurrida, el TEAR consideró que hasta el ejercicio de la opción de compra en el ejercicio 2009 por los contribuyentes, no puede considerarse que éstos ostentaran el pleno dominio de la vivienda, por lo que los pagos realizados con anterioridad habían sido realizados en concepto de arrendamiento, no para la adquisición de vivienda. (...) para la Administración por adquisición de vivienda habitual ha de entenderse la adquisición en sentido jurídico, de la propiedad o pleno dominio de la misma, aunque éste sea compartido, siendo indiferente el negocio jurídico que origine la misma. En el caso examinado existe un contrato de alquiler iniciado en 1999 con duración de 10 años, y con OPCION de COMPRA, por lo que la propietaria en este período es la Cooperativa. En el punto 4 del contrato se establecía que se otorgaría la escritura de transmisión de la propiedad al finalizar los años de ARRENDAMIENTO -hecho producido en Diciembre de 2009- por lo que las deducciones efectuadas son incorrectas. Criterio que ratifica la consulta vinculante 2530-2009 del D. G. de Tributos.

La Sala de instancia destaca lo siguientes hechos:

1.- La sociedad Cooperativa de Viviendas “AVANCE MORATALAZ, Soc. Coop.” resulta adjudicataria por el IVIMA de una parcela de terreno (...), en la que tienen prevista la construcción de 130 viviendas y garajes.

2.- Dichas viviendas son construidas al amparo de la legislación de viviendas de protección oficial VPO, mediante las aportaciones de los socios cooperativistas, un crédito hipotecario y las ayudas previstas en la legislación VPO.

3.- A través del contrato de inscripción y adjudicación en la cooperativa mencionada, firmado el 30 de enero de 1998, los recurrentes adquieren la condición de socios de tal cooperativa y asumen el compromiso de alquilar durante el plazo de diez años la vivienda de referencia y a adquirirla en propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra al que igualmente se compromete según la cláusula segunda del contrato. En concreto, la cooperativa asume, entre otras, la obligación de reservar al socio la propiedad de la vivienda desde la firma del contrato de adjudicación otorgándole la opción de compra que el socio se compromete a ejercer en su momento, y en virtud de esa reserva, la cooperativa no puede transmitir la vivienda por imperativo legal. Por su parte y en lo que aquí importa, el socio asume la obligación de dedicar la vivienda a su domicilio habitual y a ocuparla en el plazo de tres meses desde que se la entregan, a realizar los pagos en la forma en que se estipula, así como a subrogarse en la parte del crédito hipotecario pendiente a través de la escritura de adjudicación mencionada.

4.- Para la financiación de la Promoción la Cooperativa ha gestionado y obtenido de la entidad CAJA MADRID un préstamo hipotecario (...) que se dividirá posteriormente entre cada una de las fincas independientes resultantes de la promoción. En dicho préstamo, en garantía adicional, los socios se constituyen en fiadores mancomunados entre si, y solidarios con la Cooperativa, hasta los importes que gravan la finca asignada a cada socio, apoderando al director de la Cooperativa para avalar y afianzar la operación del mencionado préstamo hipotecario (...)

5.- En fecha 1 de mayo de 1999 se suscribe el contrato de arrendamiento de viviendas de protección oficial de nueva construcción en régimen general, entre la sociedad cooperativa mencionada como propietaria del inmueble y cada uno de los recurrentes en su calidad de socio, con una duración de diez años, contrato complementario del de inscripción y adjudicación.

6.- Se otorga escritura de adjudicación de vivienda el 28 de diciembre de 2009 (...), en cuya virtud la sociedad cooperativa adjudica y transmite la finca en cuestión a los hoy actores que la aceptan.

Recuerda los términos del de la Ley 35/2006 en lo que se refiere a deducción por inversión en vivienda habitual:

(...)

Se recoge en la sentencia impugnada que en los contratos de acceso diferido a la propiedad se transfiere al adjudicatario la posesión de la vivienda, conservando el propietario el pleno dominio hasta que se haya amortizado la totalidad del importe de la vivienda y se hayan cumplido todas las obligaciones derivadas del contrato, momento en que se adquiere la propiedad. Si bien los recurrentes no tienen la propiedad de la vivienda, pues así resulta de toda la documentación aportada en la que se contienen múltiples referencias a la titularidad dominical de la sociedad cooperativa Avance Moratalaz, lo cierto es que dicha documental permite colegir que los socios, en virtud del contrato de adhesión a la cooperativa, asumen el compromiso de adquirirla en propiedad mediante el ejercicio de la opción de compra (cláusula segunda) una vez transcurridos los diez años de alquiler de la vivienda, plazo durante el cual cada socio es responsable mancomunado de la parte de hipoteca que recae sobre el inmueble transmitido, cuyo pago se realiza a través del abono de la renta del alquiler. Recíprocamente, la sociedad cooperativa no puede transmitir el inmueble a persona distinta del cooperativista en tanto éste cumpla su obligación de pago.

Añade el régimen legal sobre las ayudas en materia de viviendas de protección oficial y rehabilitación con protección pública del Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000, art. 37 del Decreto 228/1998, de 30 de diciembre (LCM 1999, 29) (...)

Lo que le lleva a concluir que la atribución de la vivienda en arrendamiento se realizó con la intención de adquirirla en propiedad, de modo que las cantidades abonadas lo fueron a cuenta del pago de la vivienda, y en caso de no ejercitar la opción de compra finalmente, la sociedad cooperativa habría de devolver las cantidades que habían sido adelantadas como parte del precio de compra. (...)

En definitiva, entiende que en el supuesto sometido a nuestra consideración, las cantidades satisfechas en concepto de renta mediante las cuales se abona la parte de hipoteca que recae sobre la vivienda arrendada, podrán ser objeto de deducción tal y como los recurrentes pretenden, habida cuenta de que dichas sumas fueron entregadas con la finalidad de adquirir en propiedad la finca, tal y como se pone de manifiesto a través del contrato de adjudicación de la vivienda suscrito el 28 de diciembre de 2009, una vez ejercitada la opción de compra. Efectivamente, una interpretación lógica y coherente de la normativa citada impide situar en peor condición el supuesto que examinamos, en el que los actores han ejercitado la opción de compra a la que se habían comprometido tras estar abonando cantidades a cuenta del precio final de compra, respecto de aquel otro en que se abonan al promotor cantidades a cuenta para la construcción de la vivienda, y que el Reglamento citado en el artículo 55, asimila a la adquisición de vivienda a los efectos que nos ocupan.

En Auto dictado en fecha 21 de junio de 2017 se consideró que las cuestiones con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que se suscitan son los siguientes:

a) Si resulta aplicable la deducción del LIRPF a un contrato de adhesión firmado con una Cooperativa de viviendas, en virtud del cual el socio asume el compromiso de adquirir la propiedad de la vivienda mediante el ejercicio de la opción de compra, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la citada vivienda.

b) Si para aplicar la citada deducción, las cantidades pagadas en concepto de renta por arrendamiento con opción de compra por plazo de diez años son equiparables a las cantidades pagadas a cuenta al promotor por la construcción de viviendas futuras que, en virtud del RIRPF, es una operación asimilada a la adquisición de la vivienda siempre y cuando las obras finalicen en un plazo no superior a cuatro años desde el inicio de la inversión.

Identificando como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, el de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el del Real Decreto 439/2007, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ambos en la redacción vigente en el caso de autos).

#### SEGUNDO.- Sobre la cuestión en debate y su resolución.

La cuestión objeto de controversia se reduce a la interpretación procedente del de la LIRPF, en vigor al tiempo en que se producen los hechos, y más concretamente a la interpretación y alcance que cabe otorgarle a la expresión “adquisición... de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual del contribuyente”.

Considera el Sr. Abogado del Estado que dicha expresión debe entenderse en el sentido de que se exige la titularidad del pleno dominio del inmueble, sin que quepa practicar la deducción por adquisición de la vivienda si se ocupa en régimen de alquiler, lleve o no incorporado una opción de compra. Dicha interpretación deriva de su sentido técnico, como lo previene el de la LGT, regulándose en nuestro Derecho Civil la adquisición del dominio, CC, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, por lo que los contribuyentes en este caso son poseedores en concepto distinto del de dueño, y sólo cuando ejercen el derecho de opción de compra y se otorga la escritura pública adquirieron la propiedad, y es cuando tienen derecho a la deducción. Afirmando que en la sentencia de instancia la interpretación lógica y coherente que hace la Sala en comparación con el supuesto que contempla el art. 55 del Reglamento, no puede ser admitida por establecerlo el de la LGT, que rechaza la analogía en el reconocimiento de una ventaja fiscal, por lo que si bien desde un punto de vista teórico la aplicación analógica del art. 55 del Reglamento tendría fundamen-



to y resultaría conforme con lo dispuesto en el del CC ., en el ámbito tributario lo prohíbe el de la LGT .

Ha de convenirse que la ventaja fiscal que nos ocupa enlaza con el derecho que prevé el art. 47 de la CE, que establece el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, ordenando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y deben dictar las normas precisas para hacerlo efectivo. A nadie se oculta que uno de los instrumentos que en el tiempo ha utilizado el legislador para dar cumplimiento al mandato constitucional ha sido precisamente la regulación en el IRPF de deducciones de las cantidades invertidas en el acceso a la vivienda habitual. Muy expresivo al respecto se muestra la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006, que alude expresamente para mantener la ventaja que nos ocupa a razones de cohesión social. Y en esta línea comprobamos que la deducción no sólo se prevé para supuestos de adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, sino en los casos de construcción o ampliación de la vivienda habitual, incluso para supuestos de cantidades depositadas en cuenta corriente; ya hacíamos referencia también al supuesto contemplado en el art. 55 del Reglamento sobre construcción, cuando el contribuyente satisfaga directamente los gastos derivados de la ejecución de las obras, o entregue cantidades a cuenta al promotor de aquellas, siempre que finalicen en un plazo no superior a cuatro años desde el inicio de la inversión.

Atendida la regulación que se realiza de la deducción por inversión, se observa que junto a supuestos de expresa exclusión, por el contrario la regulación legal se hace de forma abierta, como se desprende tanto atendiendo al sentido literal del precepto, art. 68.1, que habla de adquisición de presente, “que constituya”, como de futuro, o “que vaya a constituir”, como atendiendo a la finalidad que está llamada a cumplir la deducción; por lo que en modo alguno sólo cabe sostener que la adquisición haya de hacerse de presente a título de plena propiedad, sino que se contempla variados supuestos en los que es aplicable la deducción cuando se está invirtiendo mediante uno de los medios que se articulan normativamente, como es el Decreto de Madrid glosado en la sentencia de instancia, cantidades para acceder a la vivienda habitual.

Junto al argumento utilizado por el Sr. Abogado del Estado que la adquisición de la vivienda habitual ha de hacerse de su pleno dominio, que hemos rechazado por las razones vistas, el único argumento que acompaña es que la Sala de instancia ha empleado la analogía, prohibida por el de la LGT. A nuestro entender, no sólo no ha empleado la analogía la Sala de instancia, sino que en la comparación que hace con el art. 55 del Reglamento, lo que pone en evidencia es que no puede sostenerse la interpretación cerrada por la que aboga la Administración.

Efectivamente, dice el Sr. Abogado del Estado “Desde el punto de vista teórico, la aplicación analógica del RIRPF tendría fundamento y resultaría conforme con lo

dispuesto en el del Código Civil”, si la analogía no estuviera prohibida en el ámbito tributario. Pero, a nuestro entender confunde el razonamiento; el art. 55, como no puede ser de otra manera, es desarrollo del art. 68.1 de la Ley, así lo ha entendido el propio poder ejecutivo al regular el supuesto de conformidad con dicho precepto, de otra forma habría un exceso reglamentario prohibido, que nadie discute inexistente; luego es la propia Administración al regular el supuesto del art. 55 la que parte de una interpretación abierta, como la realizada en este, del art. 68.1, de suerte que dentro de los supuestos contemplados en el citado artículo es posible comprender, y así se hace, el de las cantidades a cuenta abonadas al promotor para la construcción de la vivienda, art. 55. Luego, como bien dice la sentencia, una interpretación lógica y coherente, pues estamos ante un supuesto similar al previsto en el citado art. 55, debe llevar a comprender que también el caso examinado tiene cabida en los términos del art. 68.1 de la LIRPF, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada por los propios fundamentos que le sirvieron de base.

TERCERO.- Contenido interpretativo de la sentencia.

Dicho lo anterior ha de responderse afirmativamente a la primera de las cuestiones identificadas de interés casacional objetivo, en el sentido de que sí resulta aplicable la deducción del LIRPF a un contrato de adhesión firmado con una Cooperativa de viviendas, en virtud del cual el socio asume el compromiso de adquirir la propiedad de la vivienda mediante el ejercicio de la opción de compra, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la citada vivienda. Y respecto de la segunda cuestión ha de responderse que no existe equiparación del supuesto que contemplamos con el previsto en el del RIRPF, en los términos en que se inquiera, sino que estamos ante un caso respecto de cantidades pagadas en concepto de renta por arrendamiento con opción de compra por plazo de diez años previsto expresamente por la normativa autonómica madrileña, que articula instrumentos jurídicos de adquisición de vivienda habitual a través, entre otros, de este mecanismo y que tiene cabida en los términos que el de la LIRPF regula la deducción por vivienda habitual.»

**\* ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)**

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

**Resumen:** *Baja justificada de un socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación.*

## Fundamentos de derecho

«PRIMERO.- La parte recurrente formalizó recurso de casación. (...).

SEGUNDO.- La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó la resolución de primera instancia. Se declara que la baja de la socia cooperativista es justificada porque se produjo una modificación estatutaria, que suponía una agravación de la actividad cooperativista.

La parte recurrente [la cooperativa] se opone por estimar que la cooperativista no comunicó de forma precisa la causa de su baja para que se considere como justificada. Su solicitud debe resolverse conforme los elementos que la cooperativista ofrezca ante el Consejo Rector. Además se considera que la sentencia no interpreta correctamente el concepto de agravación de la participación de la cooperativista y de su régimen de responsabilidad.

TERCERO.- El recurso se formula al amparo del LEC, por razón de interés casacional, por basarse en normas con una vigencia inferior a cinco años, y se estructura en cuatro motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 22.5 a), párrafo primero, de la Ley 4/2001, de Cooperativas de la Rioja (en adelante LCR), en relación con la inaplicación del art. 22.5 b) LCR, en la medida en que la sentencia recurrida interpreta incorrectamente una de las causas de baja justificada previstas en el art. 22.5 LCR, en concreto “la agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada”, lo cual le hace inaplicar la previsión contenida en el inciso final del art. 22.5 b) LCR. En este sentido, el Tribunal interpreta como “agravación del régimen de participación del socio en la actividad cooperativizada” lo que en realidad es “agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada”, lo cual es decisivo por cuanto le conduce a decidir que la mera modificación del art. 10.c de los Estatutos, es suficiente para declarar la baja justificada.

En el segundo motivo, se alega la infracción del art. 22.5 b) en relación con el art. 22.5 a) y el art. 22.7 LCR, en la medida que la sentencia recurrida entiende que en los supuestos de baja voluntaria por acuerdos que suponen una “agravación de la participación del socio en la actividad cooperativizada y/o cargas u obligaciones gravemente onerosas”, si el socio no indica en su escrito de disconformidad o de solicitud de baja voluntaria, la disposición específica del acuerdo que le agrava su participación o le impone una carga u obligación gravemente onerosa, ni acredita en los supuestos de hecho que provocan el acuerdo impugnado agrave su participación o le suponga cargas gravemente onerosas, le corresponde al Consejo Rector, la obligación de solicitar que aclare su postura antes de calificar la baja voluntaria solicitada.

El Tribunal reprocha a la cooperativa demandada que no requirió a la cooperativa precisión alguna sobre la modificación estatutaria que le perjudica. Ello sería contrario al art. 22.7 LCR porque no existe ningún precepto que obligue al CR a solicitar información o pruebas adicionales al socio que presenta una disconformidad con un acuerdo de la Asamblea en virtud de la cual solicite que la basa voluntaria que pretende causar se califique como justificada. El art. 22.5 impone al CR que evalúe la causa de justificación sobre la base de los elementos de hecho y de derecho que sea hayan acreditado por el socio.

En el tercer motivo, se alega la infracción del art. 22.5 b) en relación con el art. 22.5 a) y el art. 22.7 LCR, en la medida que el Tribunal declara que la LCR no impone ninguna obligación al socio en relación con las causas previstas en los arts. 13.5 EE o 22.5 a) LCR que no sea salvar el voto en contra del acuerdo correspondiente y expresar su disconformidad, sin necesidad de expresar la concreta disposición que le afecta, por escrito al CR de la cooperativa en plazo, así como la formalización de la solicitud de baja en el plazo establecido.

Así se defiende que el socio que se vea afectado por el acuerdo, debe manifestar la concreta previsión estatutaria modificada que le afecta así como acreditar los elementos de hecho que le causan el perjuicio, en su escrito de disconformidad o de solicitud de baja, y si no lo hace, el CR está facultado en virtud del art. 22.7 a calificar la baja como no justificada.

En el último y cuarto motivo, se alega la infracción del art. 22.7 LCR en la medida que el Tribunal entiende que la LCR permite al socio subsanar, en el recurso formulado ante la Asamblea, todos los defectos que fueron puestos de manifiesto por la decisión del CR, al declarar, como consecuencia de dichos defectos que la baja voluntaria solicitada, no estaba justificada.

En este motivo se sostiene que el art. 22.7 LCR debe ser calificado en el sentido de que el socio debe justificar y acreditar, ante el CR, todos los elementos de hecho y derecho constitutivos de la justificación de la baja voluntaria y que el recurso a la asamblea está configurado como una revisión acerca de la corrección de la decisión del CR, no como una oportunidad para subsanar los errores por los cuales, precisamente, la solicitud de baja fue calificada como no justificada. Los elementos de debate deben quedar definitivamente fijados en el escrito dirigido al CR.

(...)

QUINTO.- En los distintos motivos formulados se alega la vulneración del art. 22.5 a) y b) LCR y el art. 22.7 LCR. La parte recurrente sostiene que la modalidad de interés casacional que justifica la admisión de los distintos motivos, es la aplicación de una norma que lleva menos de cinco años en vigor.

El recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de incumplimiento de los requisitos establecidos para los distintos casos, por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento y desarrollo de los motivos, en relación con la falta de acreditación del interés casacional, por aplicación de norma que no lleva más de cinco años en vigor y acumulación de infracciones, y en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por hacer supuesto de la cuestión.

La modalidad de interés casacional en la que se apoya el recurso, exige la comprobación de que no ha transcurrido dicho plazo de vigencia, que no existe una norma anterior análoga y que resulte aplicable al supuesto enjuiciado, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa.

Así, por un lado, el art. 22.5 a) LCR en relación con las causas de baja justificada es análogo al art. 22.4 de la Ley 4/2001. Precisamente dicho precepto se aplicó por la sentencia de primera instancia y la Audiencia Provincial ante las alegaciones de la recurrente que denuncia la aplicación de una norma no vigente, dice:

“Sin embargo, tal inadecuada estimación no afecta al caso concreto a la consideración que ha de merecer la baja de la demandante en la cooperativa demandada, tanto conforme al apartado a) del art. 22.4 LCR en su redacción anterior, como en base a la previsión del subapartado a) del apartado 5 del art. 22 LCR en su redacción actualmente (y a partir del 1 de enero de 2014) vigente”.

Por lo tanto, el contenido de ambos preceptos en cuanto al objeto del procedimiento -valorar si se produce un agravamiento de la actividad cooperativizada que justifique la baja de la socia- es equivalente, y por tanto, no se cumplen los requisitos de esta modalidad de interés casacional.

Respecto de los otros dos preceptos cuya infracción se alega, de forma indebidamente acumulada al anterior ya que su contenido es heterogéneo, no son objeto de aplicación en la sentencia. El art. 22.5 b) es excluyente respecto del art. 22.5 a) LCR, por lo que su aplicación necesariamente supone no respetar la base fáctica y razón decisoria de la resolución recurrida.

Por ello la parte recurrente incurre en supuesto de la cuestión al defender la aplicación de este precepto. La Audiencia valora la modificación estatutaria por la cual se obliga a los socios a incluir la totalidad de su explotación agrícola y explica que:

“Ello significa que la Sociedad Cooperativa impone de forma obligatoria qué hacer o qué no hacer con la actividad agrícola de la socia, limitando su poder de decisión empresarial y la capacidad de actuación que ostenta la socia dentro de la cooperativa, ya que ello supone la exigencia de nuevas obligaciones que hasta la fecha no se han considerado y que en virtud de esa modificación agrava de forma perjudicial y considerable la responsabilidad del socio”.

La parte recurrente realiza su propia interpretación interesada del precepto y del concepto de agravación, en contra de lo explicado en sentencia, por lo que carece de fundamento; en todo caso, acreditada la agravación de la responsabilidad de la socia resulta de aplicación el apartado a) del art. 22.5 LCR, y la consiguiente exclusión del apartado b) del mismo.

Respecto del art. 22.7 LCR invocado, y como se expondrá con posterioridad, es ajeno a la ratio decidendi de la sentencia recurrida, por lo que en definitiva no puede estimarse acreditado debidamente el interés casacional.

SEXTO.- El segundo motivo incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por no respetar la base fáctica y la razón decisoria de la sentencia recurrida.

La parte recurrente se limita a defender la correcta actuación de la cooperativa desde el momento de recepción de la solicitud de baja por la cooperativista y a exigir a la recurrida una mayor precisión en la determinación de la causa en su comunicación al órgano, para justificar la baja como justificada. Se trata por tanto de una valoración efectuada a instancia de parte en favor de sus propios intereses y que además no respeta la base fáctica de la sentencia. Ello porque en la misma, se analiza el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, pues la cooperativista salvó su voto, formalizó por escrito su solicitud de baja en tiempo y forma y expresó por escrito su disconformidad al Consejo Rector. Además, en contra de lo argumentado en el recurso, en la sentencia se explica:

“No cabe poner en duda que la causa alegada, en los términos del recurso resultaba clara y constatable con la nueva redacción del art. 10 de los Estatutos, a pesar de que al responder a las consultas de otros socios y en este proceso intente la cooperativa negar la evidencia”.

El tercer y cuarto motivos del recurso de casación incurren en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en relación con el desarrollo de cada motivo, por falta de respeto al ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia al suscitarse cuestiones nuevas que no afectan a la ratio decidendi de la sentencia.

La parte recurrente invoca el art. 22.7 LCR que es ajeno a la resolución impugnada y sin que en la misma se aplique. La ratio decidendi de la sentencia se centra en resolver si se ha producido una agravación del régimen de responsabilidad de la socia demandante y recurrida y de su participación en la actividad cooperativizada que en su caso, determine que la solicitud de baja sea justificada. En los motivos tercero y cuarto del recurso, se valora la corrección de la comunicación que la socia habría realizado al solicitar la baja, que no afecta al presente procedimiento puesto que tras

la solicitud de baja, el Consejo Rector resolvió y expresamente calificó la baja como no justificada, razón por la cual se impugnó por la Sra. Angelina la decisión ante la Asamblea General de la Cooperativa. Además, los argumentos reproducidos en ambos motivos, no han sido manifestados en el recurso de apelación, puesto que en ningún momento se ha introducido en el debate, y por otro lado tampoco afecta a la acción ejercitada, la existencia de algún defecto -sin que se haya acreditado- en el proceso de solicitud de baja y la actuación de la socia y del Consejo Rector. En todo caso, el debate se limita a examinar si concurre o no la causa que justifica la baja de la cooperativista. Por todo ello, ambos motivos incurrir en causa de inadmisión.

SÉPTIMO.- Por todo ello, el recurso ha de resultar inadmitido en su integridad (...).»

**\* STS núm. 347/2019 de 8 de mayo (Social) (RJ 2018/2389)**

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

**Resumen:** *Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas.*

*La calificación como societaria por la Ley de Cooperativas de la relación de las CTAs con sus socios trabajadores no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector. Y desde esta perspectiva, no sólo los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección, sino, que, además, que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las CTAs donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas,*

*Dicho derecho supone, además, el reconocimiento del derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las cooperativas por parte de los sindicatos legalmente constituidos. Vulneración del derecho a la libertad sindical por parte de la Cooperativa, al haber publicado en la web varios comunicados lesivos contra el sindicato, con la finalidad de evitar la defensa de los intereses de los socios trabajadores y encaminados a hacerles perder sus puestos de trabajo. Responsabilidad de la cooperativa debiendo indemnizar al sindicato*

*por los daños causados derivados de la persistencia de la conducta en el tiempo, la publicidad y su reincidencia.*

**Nota:** Véase en esta misma Revista en la sección de comentarios de jurisprudencia: García Jiménez, Manuel, "Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019. Roj:1944/2019".

### **Antecedentes de hecho**

Por la representación de Confederación Nacional del Trabajo (CNT), se interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya sentencia de 17 de noviembre de 2017 desestima la demanda, y en la que fija entre otros una serie de hechos probados;

A) La cooperativa demandada SERVICARNE SOCIEDAD, C.L. (en adelante, SERVICARNE) está constituida formalmente como sociedad cooperativa de trabajo asociado al amparo de la Ley 18/ 2002, de 5 de julio de Cooperativas de Cataluña. La cooperativa cuenta con más de 4.000 socios trabajadores distribuidos en centros de trabajo presentes en la casi totalidad de las comunidades autónomas del estado español.

El 17 de diciembre de 2001 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el recud. 244/2001, en el que se declaró que SERVICARNE era realmente una cooperativa de trabajo asociado, que actuaba como tal en el tráfico mercantil, por lo que se descartó la concurrencia de cesión ilegal con las empresas a las que prestaba servicios.

B) La cooperativa comunica el 10 de noviembre de 2015 un cambio en las condiciones de la prestación de servicios de varios socios trabajadores que estaban afiliados a la CNT, es decir, la decisión del Consejo Rector de la Cooperativa de hacer efectivos los traslados de centro de dichos socios con motivo de la cancelación del servicio de limpieza de cajas y palets que tenía la Cooperativa con otra empresa. Dicha comunicación motivo una serie de comunicados entre el CNT y la SERVICARNE.

El 13 de noviembre de 2015 remitió la CNT un burofax a SERVICARNE por considerar que la movilidad geográfica de los tres socios era injustificada e innecesaria "(...), y entendemos que supone una represalia por la cual Servicarne SCCL imparte su propia disciplina a los trabajadores/as que reclaman sus derechos más básicos en la cooperativa(...)". En respuesta, el 17 de noviembre de 2015 SERVICARNE mando una notificación a dichos socios trabajadores en la que les ofrecía varias cantidades, en concepto de finalización de la relación socio laboral con la cooperativa para el caso de que no aceptarán la movilidad geográfica.



El 20 de noviembre de 2015 el Director de la cooperativa publica un comunicado en la página web de la cooperativa en el que hacía referencia al conflicto existente entre la cooperativa y el sindicato de la CNT, en el mismo lo más relevante es:

*“(...) Estamos muy preocupados por esta campaña que está llevando a cabo el sindicato en contra de Servicarne en vuestro centro porque no son solamente los panfletos que distribuyen sino que hablan incluso de boicot al producto. Desde luego esto no significa ninguna ayuda a los trabajadores, como ellos dicen, sino que es fácil que baje el volumen de trabajo y por lo tanto comiencen a peligrar puestos de trabajo de muchos de nosotros (...)*

*No entendemos esta campaña contra nosotros lo único que hacemos es buscarnos nuestro propio trabajo en (la) cooperativa porque las empresas no dan trabajo fijo. No nos ayudan a encontrar trabajo y además es posible que consigán quitárnoslo. Espero que recapaciten y vena que esta actitud va en contra de los trabajadores que pretenden defender. (...)”.*

Pocos días después, SERVICARNE en una reunión de la Comisión del Consejo Rector el 26 de noviembre de 2015 adopta la decisión de anular la movilidad geográfica impuesta a los demandantes. Posteriormente, el 30 de noviembre del mismo año la cooperativa suspende la actividad de los socios trabajadores reiterados, lo que motivo que dichos trabajadores promovieran demanda de tutela de derechos fundamentales que paso a conocer el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón, el cual dictó sentencia desestimatoria (recurso 2335/16). Dicha sentencia se recurrió ante la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valencia la cual dictó sentencia el 13-10-2016 en recurso 2335/16, en la que estimó el recurso de suplicación frente a la sentencia antes dicha y la revocó por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores suspendidos, anuló las suspensiones de los mismos y condeno a SERVICARNE a estar y pasar por esa declaración y abonar a los demandantes una cantidad equivalente a la que hubieren percibido hasta su baja definitiva, así como a una cantidad a cada uno de ellos por los daños morales ocasionados.

Ante esto, SERVICARNE convocó asamblea de socios el 11 de junio de 2016 a la que acudieron 300 socios, en la cual se tomó por unanimidad la decisión del cese definitivo de los socios trabajadores. Por ello, los socios trabajadores cesados interpusieron demanda contra dichos ceses, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Castellón, quien dictó sentencia el 22 de marzo de 2017, en su procedimiento 423/16, en la que se declaró la nulidad del extinción, por vulneración de la libertad sindical de los socios trabajadores y se condenó a SERVICARNE a reponerlos en su centro de trabajo en las mismas condiciones al momento del cese. Sin embargo, SERVICARNE presentó escrito ante Juzgado, comunicándole la imposibilidad de readmitir a los trabajadores en su centro de trabajo, porque se oponía la

empresa usuaria, quien no había sido condenada, ofreciéndose, en todo caso, a buscar la solución más conveniente. El 13 de septiembre de 2017 el Juzgado reiterado dictó un Auto, mediante el que se homologó el acuerdo, alcanzado entre las partes, en que se convino el cese definitivo con efectos del 18 de abril de 2017, abonándose a los socios trabajadores la indemnización por el cese de la relación.

C) El 10 de marzo de 2016 se celebró la primera asamblea como sección sindical del CNT en SERVICARNE en la que se consigna, como aparecen en los hechos probados, por un lado, que SERVICARNE nuevamente cuelga una serie de comunicados en su página web informando a sus socios trabajadores de las últimas sentencias judiciales derivadas de las bajas obligatorias de los socios trabajadores anteriormente mencionados, y por otro lado, la CNT difunde en su página web comunicados críticos contra SERVICARNE, en los que le reprochan básicamente que SERVICARNE *“no es propiamente una cooperativa, sino una empresa laboral, utilizada para promover prestamismo laboral”*.

Las comunicaciones que aparecen en los hechos probados de la sentencia han permanecido en la página web de SERVICARNE hasta el 4 de agosto de 2017.

Paralelamente a las demandas individuales formuladas por los socios trabajadores afiliados a la CNT, el propio sindicato interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que se solicita que se declare la existencia de una vulneración de la libertad sindical en los comunicados de la empresa accesibles en su página web y a los que se refiere la presente demanda, se declare la nulidad de la actuación del empleador, así como se ordene el cese inmediato de la conducta antisindical.

Tras la admisión de la demanda y la celebración del juicio, con fecha 17 de noviembre de 2017, la Sala Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia (procedimiento 277/2017) desestimando la demanda formulada por la CNT, y, por tanto, la tutela de los derechos fundamentales instada.

Frente a esta sentencia se interpone el recurso de casación por parte de la CNT.

### **Fundamentos de Derecho**

«PRIMERO.- 1.- Por la representación letrada de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) se formula recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2017, dictada en el procedimiento 277/2017, que desestimó íntegramente la demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por el referido sindicato contra SERVICARNE Sociedad Cooperativa CL (SERVICARNE) en la que se reclamaba la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical con las consecuencias inherentes a tal declaración (cese de la conducta vulneradora y reparación de sus consecuencias).

El recurso ha sido impugnado por la entidad demandante y por el Ministerio Fiscal que fue parte en el proceso de instancia. En su preceptivo informe ante esta Sala el Ministerio Fiscal entiende que el recurso resulta improcedente.

(...)

3.- La sentencia recurrida basa la desestimación de la demanda en la interpretación jurídica según la que, dado que la denuncia de vulneración de la libertad sindical se produce en el marco de la defensa de los intereses y derechos de varios socios trabajadores de la Cooperativa demandada, al no ser los socios trabajadores de dichas cooperativas titulares del derecho a la libertad sindical proclamado en el CE (RCL 1978, 2836), resulta que la intervención del sindicato CNT y la acción sindical emprendida por dicho demandante carecerían de soporte legal. En consecuencia, el recurso se dirige, en la mayor parte de sus motivos de censura jurídica, a cuestionar tal entendimiento del derecho a la libertad sindical y a sostener la existencia de tal derecho y, en consecuencia, por una parte, la lícita actividad del sindicato demandante y, por otra, la ilícita respuesta de la cooperativa demanda que vulneraría la libertad sindical en los términos expuestos en su demanda.

SEGUNDO.- 1.- El primero de los motivos del recurso, amparado -como se avanzó- en el apartado c) del LRJS denuncia infracción del LEC y 97.2 LRJS en relación al CE (tutela judicial efectiva) por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. Sostiene la recurrente que la sentencia resulta internamente incongruente al mantener, al mismo tiempo, el derecho de sindicación de los socios trabajadores de las Cooperativas de trabajo asociado y, paralelamente, negarles el derecho a la libertad sindical. Por otro lado, entiende que la sentencia no da una cumplida respuesta a la demanda al no proporcionar una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto.

2.- Ninguna de las infracciones denunciadas en este motivo pueden ser estimadas puesto que la sentencia ni resulta incongruente, ni obvia la respuesta a las peticiones deducidas en la demanda, estando todas las respuestas debidamente fundadas jurídicamente. En efecto, la sentencia recurrida no reconoce el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, cual es la demandada. Al revés, la sentencia sostiene justo lo contrario: la inexistencia de tal derecho; negativa que está debidamente fundada formalmente dado que se ampara en un análisis del citado derecho fundamental y de su ámbito subjetivo de aplicación que la resolución combatida anuda a la interpretación que realiza de diversos preceptos de las normas internas ( Ley Orgánica de Libertad Sindical -LOLS-; Ley del Esta-

tuto del Trabajador Autónomo -LETA-; Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas y LRJS, entre otras) e internacionales (Convenios 87, 98 y 154 OIT). No existe, por tanto, el menor atisbo de la incongruencia interna denunciada.

Tampoco, a la vista de lo que se acaba de exponer, puede aceptarse la denuncia relativa a que la resolución combatida no esté debidamente fundada, ni que no resuelve el fondo del asunto. Con independencia de que tal fundamentación y sus conclusiones tendentes a la desestimación de la demanda puedan resultar discutibles y no sean compartidas por la recurrente, la fundamentación del fallo es exhaustiva sin que pueda aceptarse ni la existencia de indefensión para el sindicato CNT, ni la falta de fundamentación del fallo de la sentencia ni que éste no de cumplida respuesta a los pedimentos de la demanda. Negando el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores cooperativistas la sentencia entiende que falla el presupuesto básico necesario para que la actividad sindical del sindicato demandante sea válida y, ante tal falta de validez, declara que no puede haberse producido la vulneración reclamada en la demanda, sin necesidad de dar respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos contenidos en la petición del sindicato actor. Al respecto, hemos venido manteniendo que “hay que distinguir entre las alegaciones o argumentos aducidos por la parte para fundamentar sus peticiones (...) y las auténticas pretensiones en sí mismas consideradas. Respecto a las primeras no cabe hablar de incongruencia, pues no es necesario dar una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva. La obligación de congruencia se impone sólo respecto de las auténticas pretensiones en razón a que cada una de ellas se convierte en una “causa petendi” que exige una respuesta concreta” (por todas, STS de 30 de mayo de 2002. Esta distinción encuentra también su apoyo en la doctrina constitucional sobre la congruencia (...) ( STC 171/2002, de 30 de septiembre (RTC 2002, 171), entre otras).

(...)

CUARTO.- 1.- Los motivos cuarto a séptimo del recurso, correctamente fundados en el apartado e) del LRJS, denuncian diversas infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En concreto, en el motivo cuarto se denuncia vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en varias sentencias de esta Sala que cita, argumentando que, de modo reflejo, la sentencia recurrida impide la efectividad del ejercicio de la función institucional encomendada a los sindicatos por el CE, el derecho a la libertad sindical del CE y el derecho comprendido en el mismo, consistente en no sufrir injerencias empresariales que contempla el artículo 13 LOLS. En el motivo quinto se denuncia infracción de los artículos 28 CE, 2.1.d) y 13 LOLS, así como de la doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional

que cita. En el sexto se argumenta la vulneración del artículo 3.1. LOLS en relación con los artículos 1, 2, 6 y 19.1 LETA ; así como del artículo 3.3 CC y de la doctrina contenida en la STC 98/1985 de 29 de julio. En el séptimo de los motivos, además de volver a denunciar las infracciones ya reseñadas de los artículos 7 y CE y de los artículos 2 y 3.1 LOLS, añade vulneración de diversos preceptos de los Convenios 87 y 98 OIT, en relación al artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, del artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Nuevamente de la doctrina contenida en la STC 98/1985 de 29 de julio; del artículo 12 de la Carta europea de derechos fundamentales y del artículo 5 de la Carta Social Europea. Todo ello en relación con el artículo 10.2 CE .

La pretensión, perfectamente explicitada por el sindicato recurrente, que se desprende de tan amplio aparato normativo y jurisprudencial que se entiende infringido en los motivos citados, no es otra que la de combatir la fundamentación básica de la sentencia recurrida según la cual, al no estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado con las que únicamente están unidos por una relación societaria, resulta ilegítima, por carecer de soporte legal, la actuación del sindicato demandante en defensa de los intereses de tales socios trabajadores, por lo que no pueden entenderse producidas las vulneraciones alegadas en la demanda y que constituyen la petición fundamental ejercida. Tal delimitación del objeto de los motivos aludidos y, especialmente, el hecho de que los argumentos y denuncias jurídicas se reiteran en varios de ellos, obliga a la Sala a dar una respuesta conjunta a este grupo de motivos de infracción jurídica.

2.- El examen de la expuesta parte del recurso debe apoyarse, necesariamente, en la constatación de diversas realidades normativas. Básicamente, que el texto constitucional, esto es, la literalidad del CE no excluye, ni explícita ni implícitamente, de la titularidad del derecho a la libertad sindical a los socios trabajadores de las cooperativas que nos ocupan. Lo mismo sucede en la Ley Orgánica que desarrolla el mencionado derecho fundamental y en los pertinentes convenios de la OIT, ninguno de los cuales se refiere, literalmente, a la inclusión o exclusión de la titularidad de la libertad sindical de los referidos socios trabajadores. Es por ello que cualquier conclusión -afirmativa o negativa- debe ser alcanzada mediante un análisis e interpretación de los textos legales aplicables a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala, y, especialmente también, a la vista de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España, tal como ordena para la interpretación de los derechos fundamentales el CE.

QUINTO.- 1.- En la medida en que nos encontramos ante una decisión que no tiene respuesta en la mera literalidad de la ley, las operaciones hermenéuticas que resulta necesario realizar -tal como se acaba de exponer- conducen, a juicio de la Sala, a la estimación de la pretensión contenida en los motivos del recurso que estamos examinando y, consecuentemente, a determinar que, en los términos que seguidamente se expondrán, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante a los efectos del presente recurso, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas.

En efecto, a propósito de las exclusiones o limitaciones explícitas a la titularidad y pleno ejercicio de la libertad sindical que figuran explicitadas en la CE y desarrolladas en la LOLS, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 101/1991, de 13 de mayo, entre otras), como la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de junio de 1997, Rcd. 3863/1996 y de 26 de noviembre de 2002, Rcd. 1056/2002) han establecido que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 28.1 de la Constitución, es claro que las exclusiones y limitaciones allí establecidas o en la ley de desarrollo (LOLS) deben interpretarse de forma restrictiva, pues no es factible extender aquellas restricciones a otros supuestos de actividad o de acción sindical no comprendidos en tal precepto. Si ello se ha afirmado a propósito de exclusiones o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa establecidas en la ley, resulta totalmente lógico que la negación del derecho a la libertad sindical a colectivos no previstos explícitamente en la norma, se interprete de la misma forma; esto es, de manera absolutamente restrictiva so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical.

2.- Es cierto que la Ley de Cooperativas califica la relación de éstas con sus socios trabajadores como una relación societaria. Pero ello no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector. Y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. Especialmente en cooperativas -como la demandada- de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que prestan.

A este respecto, hemos señalado sobre el status jurídico del socio-trabajador de una Sociedad Cooperativa el del carácter mixto en cuanto a que se asienta sobre una relación societaria y, al mismo tiempo, se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo con tratamiento jurídico laboral en gran medida (SSTS de 10 de diciembre de 2013, Rcd. 3256/2012 y de 27 de noviembre de 2013, Rcd. 3128/2012) y que la peculiar condición jurídica del socio-trabajador justifica la estimación del carácter mixto de su status jurídico, en cuanto se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos (STS de 10 de diciembre de 2013, Rcd. 3201/2012. Más recientemente, a propósito de una jubilación anticipada de un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado cuya relación se extinguió en el marco del concurso de la entidad, esta Sala (SSTS de 10 de diciembre de 2018, rcd. 3407/2016; de 19 de diciembre de 2018, rcd. 2233/2017 y de 7 de febrero de 2019, rcd. 649/2017) ha afirmado que aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada. Con ello hemos asimilado, a tales efectos -los de la jubilación anticipada-, a todos los trabajadores de las cooperativas (socios y no socios), resultando lógico que la asimilación se produzca, en ausencia de previsión legal contraria, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical con mucho mayor motivo.

3.- Por otro lado, la atribución que el LRJS realiza al orden jurisdiccional social de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios es indicativa del nivel y ámbito de protección que quiere el legislador para este tipo de relaciones. Tal atribución es reiteración de la prevista en la anterior LPL y concuerda con lo que, al respecto, dispone el de la Ley 27/1999 al disponer que la remisión a la jurisdicción social (que dicha Ley también efectúa) “atrae competencias de sus órganos jurisdiccionales en todos sus grados, para conocimiento de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones de la actividad cooperativizada”. En consecuencia, nos encontramos ante una remisión total que no excluye ningún aspecto procesal contenido en la reiterada LRJS y que, por tanto, tampoco excluye la intervención sindical en defensa de los derechos de los trabajadores -también la de los socios trabajadores- ampliamente acogida en el citado texto normativo ( artículos 20 y LRJS, que

se refieren - precisamente- a la intervención sindical en el proceso laboral en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores).

4.- Abona nuestra conclusión la amplitud con que el derecho a la libertad sindical está configurado en el artículo 28.1 de nuestra Constitución (“Todos tienen derecho a sindicarse libremente”) y en las normas internacionales ratificadas por España, especialmente en los Convenios de la OIT ( Convenio 87 OIT: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” y Convenio 98 OIT : “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo... Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato”).

La amplitud del derecho de libertad sindical en los textos descritos no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común; pues lo mismo sucede en relaciones laborales especiales en las que las citadas notas están más difuminadas todavía. En todo caso, resultan esclarecedoras las recomendaciones e informes de la OIT que, aunque no resulten directamente aplicables, son -como afirma el Tribunal Constitucional- textos orientativos, que sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 191/1998, de 29 de septiembre).

Tal es el valor que la Sala concede tanto a la recomendación 193 OIT sobre la promoción de las cooperativas como a diversos informes del Comité de Libertad Sindical de tal organización. En la citada recomendación, se recoge que debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones, lo que, en opinión de la Sala, evidencia que el principio del que se parte en los citados Convenios OIT no es otro que el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas.

En consecuencia, procede la estimación de esta parte del recurso habida cuenta de que la Sala entiende, no sólo que los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse libremente al sindicato de su elección, sino, también, lo que a los presentes efectos resulta más importante: que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado donde tengan afiliados socios trabajadores de



las mismas, tal como se desprende del texto constitucional ( CE ) y, específicamente, de los y LOLS .

SEXTO.- 1.- Los motivos octavo y noveno del recurso, bajo el amparo del LRJS, denuncian, por un lado, vulneración de los CE, 18.1 CE -en relación con el honor del sindicato demandante, así como los artículos 2.2.b ), 3.1, 13 y 15 LOLS; y, por otro, vulneración de los y LRJS. Estas infracciones denuncian que la sentencia recurrida no ha considerado lesivo de la libertad sindical del sindicato demandante y aquí recurrente como consecuencia de las expresiones vertidas en los comunicados de la Cooperativa demandada citados en la demanda y accesibles en su página web. Además, la recurrente denuncia que no se hayan aplicado por las sentencias recurridas las consecuencias legalmente previstas al supuesto de existencia de vulneración del derecho fundamental consistentes en la declaración de la nulidad del acto, el cese de la conducta antisindical y la reparación de las consecuencias del acto vulnerador, incluida, la indemnización por daño moral que expresamente cuantificó en la demanda y cuya condena reitera en el recurso.

2.- Tal como se ha reseñado en los fundamentos anteriores, la actividad sindical en SERVICARNE era perfectamente posible para el sindicato recurrente en defensa de los derechos e intereses legítimos laborales de los socios cooperativistas. En consecuencia, no existía obstáculo para que pudieran valorarse las circunstancias puestas de relieve por las partes en torno a la posible vulneración de la libertad sindical, dado que esa es la cuestión a que se refiere la demanda rectora de las presentes actuaciones. La Sala de instancia no lo hizo porque entendió que tal actividad sindical era ilegal; pero aclarado que no lo era, resulta imprescindible pronunciarse sobre la cuestión planteada. (...).

En este sentido la Sala entiende que el relato de hechos probados incorporado en la sentencia recurrida es lo suficientemente amplio y exhaustivo para permitir a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto, habida cuenta de que tanto las partes como el Ministerio Fiscal han podido en esta fase de recurso alegar, con plenas garantías, lo que han estimado oportuno en relación a la vulneración de la libertad sindical denunciada en la demanda y reiterada en los motivos del recurso de casación que se examinan.

3.- De conformidad con lo dispuesto en el LRJS “Una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. De este precepto se infiere que la evidente dificultad probatoria del móvil antisindical o discriminatorio en una conducta empresarial ha sido tenida en

cuenta por el legislador, no para producir -de entrada- una inversión de la carga de la prueba, sino para provocar una alteración de la misma a través de la exigencia, para el actor, de aportar únicamente indicios racionales; por ello, se viene entendiendo que es al demandante a quien le incumbe la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la violación del derecho, porque quien alega cualquier atentado a un derecho fundamental le basta con acreditar indicios racionales de una actitud antisindical de la empresa o de que en ella exista cierto ambiente hostil al ejercicio de actividades sindicales, para que sea la entidad empresarial la que corra con la necesidad de probar que su conducta está totalmente alejada de los referidos móviles antisindicales y que obedece a planteamientos fundados en derecho. De suyo, la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena; sin embargo, tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional (...).

SÉPTIMO.- 1.- Teniendo en cuenta la doctrina recién expuesta, la Sala observa en los inmodificados hechos declarados probados de la sentencia recurrida numerosos indicios de una actitud antisindical por parte de la Cooperativa demandada, especialmente, en los comunicados emitidos por SERVICARNE, accesibles en su página web, que aparecen transcritos literalmente en los hechos cuarto y séptimo del relato fáctico de la sentencia de instancia.

(...)

2.- Lo extractado pone de relieve que la Cooperativa, en sus comunicados, no se limita a defender una determinada postura empresarial o rebatir argumentos sindicales -lo que sería perfectamente lícito-; al contrario, los comunicados contienen expresiones que, en su propio contexto, implican un acentuado nivel de desprestigio de la actividad sindical; es más, lo que se deduce de tales comunicados es una velada amenaza derivada del dato que ponen de relieve, según el que la afiliación o la contribución a la actividad sindical de CNT pone en peligro no sólo los puestos de trabajo en general, sino, de manera especial, los de los socios que colaboren activamente con dicha actividad.

Resulta particularmente relevante el hecho de que, tal como expresa el último párrafo del hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, los indicados comunicados han permanecido en la página web de SERVICARNE hasta el 4 de agosto de 2017; esto es varios meses después de que la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2355/2016) entendiese que por la mencionada cooperativa se había vulnerado el derecho a la libertad sindical de tres socios desplazados, afiliados a CNT.

3.- A la vista de cuanto ha quedado incorporado a los hechos probados, entre los que destacan las expresiones y datos transcritos, la Sala entiende que el sindicato demandante ha aportado indicios suficientes para entender que se pudo producir la vulneración denunciada. Es más, a la vista de determinadas frases, no cabe duda de que tal vulneración se ha producido al haberse publicado con carácter general, y comunicado a todos los socios, expresiones cuyo contenido está directamente dirigido a socavar el prestigio del sindicato demandante atribuyéndole intenciones diferentes a las de defensa de los derechos de los socios trabajadores y encaminadas a hacerles perder sus puestos de trabajo. No estamos en presencia de explicaciones sobre la actitud de la empresa en el conflicto que pudieran ser diferentes a las defendidas por CNT, lo que se está poniendo en cuestión, directamente, es la propia actividad sindical a la que se califica de opuesta a los intereses de los trabajadores a los que dice representar.

En cualquier caso, ante la evidente presencia de los indicios expuestos, que revelan -sin género de dudas- una presunción o apariencia de lesión del derecho a la libertad sindical del sindicato demandante, la cooperativa no ha aportado una justificación objetiva que pudiese amparar su conducta y el contenido de sus comunicados que acreditase la concurrencia de causas objetivamente razonables que pudieran justificar su actuación, como le resultaba exigible según el LRJS.

OCTAVO.- 1.- De conformidad con lo dispuesto en el LRJS, la sentencia que declare la vulneración de un derecho fundamental, en este caso, el de la libertad sindical del sindicato CNT, tras declarar la nulidad radical de dicha conducta, ordenará su cese inmediato y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el LRJS .

Habida cuenta de que consta probado que los comunicados ya han sido retirados de la página web, tal como consta en los hechos probados de la sentencia, la Sala entiende que el pleno restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho exige que se haga pública, por los mismos medios en que se produjo la vulneración del derecho, el contenido de esta sentencia que, como se declarará en la parte dispositiva, deberá ser publicada durante tres meses en la página web de la demandada, con noticia destacada de la misma en la página principal de dicha web.

2.- El LRJS dispone que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral

unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Habiéndose reclamado por daños la cantidad de cien mil euros en atención a diversas circunstancias y a las sanciones previstas en la LISOS, la Sala considera que, para fijar el daño, debe atender a su propia doctrina sobre la cuantía.

Al respecto, hemos reseñado (STS de 19 de diciembre de 2017, Rcu. 624/2016) que, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el LRJS, precepto para el que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse “en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”. Por ello, al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, el LRJS señala que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Es claro, por tanto, que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atender contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria, sino también la de prevención general. Y que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 8 de julio de 2014, rcud. 282/13 y de 2 de febrero de 2015 rcud. 279/13). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

Por ello, en atención a que las sanciones previstas por la LISOS para los supuestos de vulneración de la libertad sindical, se mueven en una horquilla muy extensa, en función del grado -mínimo, medio o máximo- que se aplique, la Sala entiende que hay que considerar también que en el supuesto concurren algunas circunstancias que pueden ser consideradas como agravantes de la conducta lesiva y que se refieren, en primer lugar, al hecho de que la lesión se ha prolongado en el tiempo al estar los comunicados lesivos colgados en la red durante varios meses; en segundo lugar, a la publicidad de la lesión en la medida en que, junto a las comunicaciones individuales a cada socio, las mismas han estado publicadas en una página web de acceso general; y, en tercer lugar, que estamos en presencia de una conducta en cierto modo reincidente, no con el mismo sujeto sino con alguno de sus afiliados, tal como se desprende de la reiterada STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2016 (Rec. 2355/2016). Igualmente, debe tenerse en cuenta que, por lo que se refiere al fondo

del asunto, la extraordinaria complejidad jurídica del mismo, podría, no justificar la conducta, pero si afectar a su gravedad. Teniendo en cuenta todos estos factores y la expuesta doctrina de la Sala, entendemos que la indemnización por los daños derivados de la vulneración del derecho a la libertad sindical de CNT deben ascender a la cantidad de treinta mil euros.

3.- En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, se estima en parte el recurso de casación formulado por CNT y se casa y deja sin efecto la sentencia recurrida, sin que la Sala deba hacer pronunciamiento alguno sobre costas.»

**\* ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)**

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

**Resumen:** *Falta de causa de nulidad de acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de la Cooperativa. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaneidad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta.*

**Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- (...)

La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia de forma que considera que no concurre ninguna causa de nulidad del acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de la Cooperativa recurrida, de fecha 28 de noviembre 2015.

SEGUNDO.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por razón de interés casacional y se articula en dos motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 38 Ley 4/2010 de Cooperativas del Principado de Asturias, en relación con el art. 13.2 c) de los Estatutos de la Cooperativa.

En el segundo motivo se alega la contradicción existente entre la Audiencia Provincial y la doctrina del Tribunal Supremo sobre el principio de legalidad vigente en el derecho sancionador.

El recurso de casación incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC de falta de cumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos (...), por incumplimiento de los requisitos del encabezamiento y del desarrollo de los motivos, en relación con la falta de estructura casacional.

(...)

TERCERO.- El motivo también incurre en la causa de inadmisión prevista en el LEC, de carencia manifiesta de fundamento, por no respetar la base fáctica y razón decisoria de la resolución recurrida.

La parte recurrente sostiene que se ha vulnerado el art. 38 de la Ley de Cooperativas de Asturias en relación con el art. 13 de los estatutos de la cooperativa, porque su recurso no fue resuelto en la primera asamblea, por lo que debe aplicarse el silencio positivo y revocar la sanción impuesta.

Se prescinde de la razón decisoria de la resolución recurrida, porque se omite la valoración que se realiza en sentencia de la actuación de la cooperativa. Así, en primer lugar, la parte recurrente omite un hecho probado, que es la formulación extemporánea de su propio recurso ante la Asamblea, ya que la sentencia de apelación confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. Por lo tanto, se invoca la aplicación estricta de una normativa, cuando la propia parte recurrente ha incumplido la que le correspondía, de ahí que la Audiencia rechace la pretensión porque “resulta artificiosa por aisladamente formalista”. Ello es relevante, ya que la sentencia analiza la buena fe con la que actuó la entidad, puesto que a pesar de que se hubiera ya formulado el recurso indebidamente, entra a valorarlo. Por ello, se descarta una interpretación estricta del precepto como defiende la recurrente porque los recursos se presentaron en una primera asamblea, el 3 de octubre de 2015 y se tuvo que convocar una segunda en fecha 31 del mismo mes, para estudiar la discrepancia y por último, y sin pasividad alguna la siguiente asamblea en fecha 28 de noviembre de 2015, se desestimaron los recursos y se confirmaron las sanciones impuestas a la parte demandante y recurrente.

Por lo tanto, se considera que en todo momento la cooperativa actuó conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta.

(...).»

**\* STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)**

Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

**Resumen:** *Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de una Cooperativa de Viviendas los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión). Se produce la rebaja de la pena y de la responsabilidad civil en un acusado y la responsabilidad civil sólo en otro, ya que recibieron menos cantidades ilícitas por los contratos de gestión que los contenidos en la sentencia de instancia. Inexistencia de dolo en el caso del tesorero de la cooperativa el cual firma cheques para el pago de cantidades a terceros cuando ya estaban firmadas por el presidente, sin que interviniera en su gestión, ni conociera las actividades ilícitas de los responsables y gestores de aquélla.*

**Fundamentos de derecho**

*Recurso de D. Remigio*

(...)

«QUINTO.- En el motivo décimo y por el cauce del artículo 24.2 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia. Con cita de todos los documentos relacionados en el apartado j) del escrito de preparación del recurso de casación, se alega que de haber sido valorados los citados documentos se podía haber apreciado la prueba en otro sentido.

Considera el recurrente que en la sentencia no se ha valorado correctamente que el contrato de gestión era válido y que no se ha tenido en cuenta que los problemas de la Cooperativa se produjeron en el contexto del inicio de la crisis económica y se debieron a que las entidades bancarias no concedieron el préstamo que hubiera sido necesario para llevar a cabo la promoción.

(...)

3. A este recurrente se le atribuye que el 01/01/2010, como representante de Aragón Estudio y Acción SL firmó un contrato de gestión con la Cooperativa pactándose una retribución mensual de 40.000€ y que en base a dicho contrato se cargaron pagarés y otros gastos con cargo a la Cooperativa por cuantía de 731.074€ en beneficio de la empresa gestora y el propio recurrente se hizo con 89.664,40€.

Esta gestión y los cobros derivados de la misma se hicieron a pesar de que la Cooperativa no disponía de suelo, no había obtenido de la administración competente la calificación provisional de vivienda protegida (que era el tipo de vivienda que preten-

dían adquirir los cooperativistas), no se había obtenido la financiación necesaria, no se había tramitado el expediente administrativo correspondiente ante la Diputación General de Aragón, y no se habían garantizado con avales las aportaciones de los cooperativistas, por lo que el proyecto constructivo estaba abocado al fracaso y no se informó de todo ello a los cooperativistas.

Para llegar a las anteriores conclusiones la sentencia de instancia ha valorado la abundante prueba documental, la declaración de los agentes policiales que ratificaron las distintas diligencias contenidas en el atestado policial, la prueba pericial, sobre la sobrevaloración de los terrenos. También se han valorado las declaraciones de acusados y testigos, entre ellos algunos de los cooperativistas, que han explicado el proceso y la escasa formación que fueron recibiendo hasta que se averiguaron el fracaso del proyecto y todas las gestiones que no se hicieron y que deberían haberse llevado a cabo. En este contexto el cobro de importantes honorarios por una gestión que no podía culminar en el desarrollo del proyecto carecía de justificación y así se menciona en la sentencia, aludiendo a que no se ha probado siquiera que la Gestora destinara las cantidades recibidas por virtud del contrato a la gestión del proyecto constructivo, de ahí que se afirme que los honorarios no sólo eran excesivos sino que no han sido justificados.

Estos hechos son los determinantes para un pronunciamiento de condena y en el escrito de recurso no se aportan datos distintos que puedan llevar a la conclusión de que el desarrollo argumental de la sentencia haya sido irrazonable o absurdo. Por todo ello el motivo se desestima

SEXTO.- En el undécimo motivo del recurso se denuncia la indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º y 250.2 del Código Penal. El recurrente señala que no participó en la constitución de la Cooperativa, ni en su relanzamiento, y que fue llamado para arreglar la situación, cuando la gestora tenía ya serios problemas de gestión y financiación. Se alega que su participación en el proyecto fue un error y que trató de hacer la gestión de la mejor manera posible y no supo salir a tiempo de ese encargo.

El motivo no es viable. El artículo 849.1 de la LECrim permite únicamente plantear problemas de subsunción de los hechos probados en la norma penal correspondiente pero exige el más exquisito respeto al juicio histórico de la sentencia.

(...)

#### *Recurso de D. Samuel*

SÉPTIMO.- En la sentencia objeto del presente recurso de casación, se ha condenado al Sr. Samuel como autor responsable de un delito de estafa agravada a la pena



de seis años y un mes de prisión, a la correspondiente pena accesoria de inhabilitación y a la pena de diecinueve meses de multa con una cuota diaria de diez euros.

OCTAVO.- 1. En el tercer motivo del recurso y por el cauce del de la LECrim se denuncia la existencia de error en la valoración de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

Los documentos que se citan son los contratos privados de venta de la parcela e-27.2, la resolución del anterior contrato con DUMESA, los documentos de pago y devolución a HEYMAN DOS IBERICAS SL y el atestado policial.

De estos documentos el recurrente deduce los siguientes errores valorativos: a) Que se haya basado la condena en que propuso como presidente de la Cooperativa al Sr. Celestino, ya que por el hecho de la proposición no se convierte en garante de su posterior actuación y b) En relación con las comisiones cobradas por la compra de una parcela, que el dinero recibido se empleó para señalar la compra de una parcela para construir vivienda libre (e-27.2) y para pagar los alquileres de la oficinas de la calle Tomás Castellano, en donde se disponía de despacho y personal para atender a la Cooperativa. Se alega que el problema no fue la recepción de las comisiones sino que cuando se resolvió la venta de la parcela se quedaron con el importe de lo entregado el Sr. Simón y la Sra. Concepción, por lo que fueron ellos quienes se apropiaron de la aludida cantidad.

(...)

3. En el presente caso los documentos no acreditan el error denunciado, ya que a las inferencias probatorias que se afirman en el recurso debe llegarse a través de una valoración conjunta de toda la prueba, siendo insuficiente para llegar a esas conclusiones la literalidad de los documentos citados en el motivo que, por otra parte, son abundantes y precisan de su integración con el resto del material probatorio.

Lo que se pretende con la formulación de este motivo es una completa revisión del material probatorio y una valoración conjunta de la prueba de signo distinto al contenido en la sentencia, lo que constituye un planteamiento que excede con mucho el ámbito comprendido por el motivo de casación regulado en el de la LECrim.

El motivo se desestima.

(...)

DÉCIMO.- En el motivo sexto de este recurso y a través del de la LECrim se reprocha de la sentencia la existencia de contradicciones en su relato fáctico así como de conceptos que predeterminan el fallo. Se trata de dos submotivos que van a ser objeto de respuesta individualizada.

1. Contradicciones en el fallo

En cuanto a las contradicciones se sostiene en el recurso que es contradictorio que al Sr. Samuel se le atribuya la apropiación de una comisión (por la compraventa de la Parcela e- 27-2), cobrada a la Cooperativa por la mercantil HEYMAN DOS IBERICA SL y afirmar, acto seguido, que el Sr. Samuel no formaba parte de dicha sociedad cuando se recibió el importe de la comisión, condenándose en base a pruebas indiciarias de las que se podría inferir que el Sr. Samuel conocía la trama creada para el cobro de comisiones inexistentes.

(...)

En este caso el motivo es improsperable. El recurrente utiliza un cauce procesal inadecuado para censurar la sentencia. Considera que la sentencia incurre en contradicciones al afirmar una cosa en el relato fáctico (hecho probado 21º) y argumentar otra distinta en la fundamentación jurídica (fundamento jurídico 14º), desconociendo que este motivo casacional únicamente ha de utilizarse para denunciar las contradicciones que puedan existir dentro del relato fáctico, que estas contradicciones han de ser semánticas y absolutas y que deben afirmar simultáneamente enunciados incompatibles, de forma que den lugar a una incongruencia entre los hechos probados y las consecuencias jurídicas.

En este caso nada de eso sucede. En el juicio histórico se atribuye al Sr. Samuel la simulación de una actuación de intermediación junto con Simón y Concepción, y en la fundamentación jurídica se justifica esa imputación mediante la valoración de una serie de pruebas que, a juicio del tribunal, confirman la intervención de este recurrente en una parte concreta del fraude causado a la Cooperativa. No hay contradicción en el relato fáctico, sino una frontal discrepancia con la valoración del acervo probatorio, cuestión que no tiene cabida en este motivo de impugnación.

El primer submotivo se desestima.

## 2. Uso de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo

En relación con el uso de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo se señala en el recurso la expresión “con la intención de obtener ganancias a costa de los cooperativistas”, lo que entra en contradicción con el propio relato fáctico de la sentencia en que se reconoce como probado lo siguiente:

*“De lo actuado resulta que Samuel no firmó contrato alguno en nombre de la Cooperativa, ni habló con cooperativistas ni era conocido por los trabajadores de la Cooperativa o de la citada Gestora como persona que dirigiera una u otra, cuestión que puede afirmarse con rotundidad y sobre la que no existe duda”.*

(...) el motivo deviene improsperable por cuanto la sentencia se limita a dejar constancia en el relato fáctico del elemento subjetivo del injusto que animaba la acción del recurrente y lo que se cuestiona no es que se utilicen unos términos jurídicos impropios del juicio histórico, sino que la declaración de la intención de enriqueci-

miento del recurrente no se corresponde con el resto de la argumentación jurídica de la sentencia, cuestión que no tiene cabida a través de este motivo de impugnación y que precisa de una valoración global del acervo probatorio.

Por otra parte, los dos párrafos del relato fáctico destacados por el recurrente no son contradictorios entre sí ya que se refieren a hechos diferentes que pueden ser plenamente compatibles.

Este segundo submotivo también se desestima.

ÚNDECIMO.- 1. En el cuarto motivo del recurso y por el cauce del de la LE-Crim, del de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 24.1 2, 9.3 y 120.3 de la Constitución se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como consecuencia de haberse llevado a cabo una valoración irracional de la prueba.

En el desarrollo argumental del motivo se cita de forma literal el fundamento jurídico decimocuarto en el que el tribunal sentenciador excluye al Sr. Samuel de toda participación en la trama que dio lugar al descalabro patrimonial de la Cooperativa, dado que rompió con el resto de los acusados a finales de 2008, momento en que vendió sus participaciones y dejó toda responsabilidad tanto en la sociedad gestora GESTIÓN URBANA VALDESPARTERA SL como en la mercantil HEYMAN DOS IBÉRICA SL.

2. Al recurrente se le ha condenado como autor de una estafa agravada por haber simulado una intermediación inexistente y haber causado un perjuicio a la Cooperativa de 75.295€. En la argumentación de la sentencia se reconoce que el recurrente participó en los momentos iniciales de reactivación de la Cooperativa (junio de 2008), rompiendo todas sus relaciones con la misma pocos meses después, el 18/11/2008, fecha en que vendió sus participaciones en la Gestora, separándose también de su relación con la mercantil HEYMAN DOS IBÉRICAS SL a partir de 09/12/2008. Se reconoce que no intervino en las asambleas de la Cooperativa, ni firmó trabajo alguno, ni era conocido por los trabajadores por lo que se concluye que no hay prueba de que tuviera conocimiento de la situación económica de la Cooperativa.

Se le atribuye únicamente la intervención en una simulada intermediación relativa a la parcela e-13.1 que fue vendida a la Cooperativa por la mercantil DUMESA mediante contrato de 2 de julio de 2008, por un precio de 4.327.287€. La comisión cobrada fue de 75.295€ mediante dos cheques, uno de 27.294,78€ y otro de 48.000€, fechados el 15/07/2008 y 05/08/2008, respectivamente, devolviendo el Sr. Samuel la cantidad de 12.000€ el mismo día 05/08/2008.

El Sr. Samuel también fue implicado en otra comisión cobrada por la empresa INTERMEDALIA, por importe de 75.000€ por la venta de la misma parcela, si

bien el fallecimiento del testigo que le implicó, Sr. Rodrigo, así como la ausencia del documento de intermediación en el que supuestamente intervino determinó que en la sentencia no se le atribuyera la participación en esta segunda intermediación.

En la sentencia se sostiene que no hubo intermediación, que lo cobrado por este concepto fue uno de los actos de expolio de la Cooperativa y que el hecho de que buena parte de la cantidad cobrada (60.101€) se invirtiera para la compra de otra parcela (e-27-2), que se iba a destinar a la construcción de vivienda libre para aquellos cooperativistas que no pudieran obtener una vivienda de protección oficial, no legitima el cobro de la comisión.

En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia se indica que las referencias a esta operación se debieron a la declaración testifical de Rodrigo, ya fallecido, pero cuya declaración sumarial fue introducida mediante lectura, diciendo que hubo unas conversaciones para la compra de la parcela e-31.1 con Simón y luego con éste y con Victoriano, y se añade que “nombrando también Rodrigo a Samuel”.

Se dice también en la sentencia que si fue Victoriano quien dijo a Rodrigo que pusiera la finca en el mercado, debería haber sido la empresa vendedora (DUMESA) la que debería haber pagado la comisión. Se infiere la simulación de la intermediación por la relación de Concepción con el Sr. Simón, por más que Concepción dijera en juicio que tenía que vender y cobrar comisiones para ganarse la vida. También se infiere de la coincidencia de fechas entre una llamada que recibió Concepción de Tomás Castellano, preguntándole si tenía fincas de protección oficial y una reunión que tuvo por esas fechas con Samuel y Simón. Se afirma, por último, que el pago de dos comisiones para la compra de un mismo terreno no tiene justificación porque “la parcela ya estaba localizada al momento de reactivarse la Cooperativa y se habían llevado a cabo gestiones para su compra”.

3. Para la valoración de la conducta del recurrente resulta de especial trascendencia que se cobraran dos comisiones por la venta de un mismo inmueble, que se tratara de un inmueble ya conocido e identificado y que quienes administraban la empresa que recibió esta comisión tuvieran vínculos personales muy estrechos con los responsables de la Cooperativa.

A partir de estos datos no ofrece duda que hubo un enriquecimiento ilícito a costa de la Cooperativa, cuyos responsables, en perjuicio de ésta y mediante ocultación y engaño a los cooperativistas, realizaron un pago por un servicio no prestado.

Esta conclusión probatoria tiene apoyo en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada. Los vínculos personales entre Concepción y Simón están suficientemente acreditados por las declaraciones de los acusados y la vinculación personal entre Simón y Samuel también consta por los distintos testimonios practicados durante el juicio y hay evidencias suficientes para concluir que la intermediación no tenía

justificación alguna. La responsabilidad penal del Sr. Samuel se justifica en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada, lo que conduce a la desestimación del motivo.

DUODÉCIMO.- 1. El segundo motivo de impugnación contiene dos submotivos.

En el primero de ellos y con apoyo en el de la LECrim se denuncia infracción de ley por la indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250.1, números 1º, 4º y 5º y del del Código Penal .

En el desarrollo argumental del motivo se alega que el recurrente era promotor de viviendas de protección oficial en el sector de ARCOSUR de Zaragoza y estuvo inicialmente interesado en la promoción a que se refiere este proceso, formando parte del accionariado y de la administración de la sociedad gestora GESTIÓN URBANA VALDESPARTERA SL, así como de la mercantil HEYMAN 2 IBERICA SL, sin embargo, a los seis meses de iniciarse el proyecto se desvinculó debido a la inexistencia de financiación, haciéndolo antes de que los cooperativistas hicieran sus aportaciones. Se destaca en el recurso que el recurrente no participó en las asambleas de la Cooperativa; vendió sus participaciones a Juan Ignacio; no recibió el dinero que se entregó para la compra de un solar, recibéndolo quien entonces era la administradora de HEYMAN, Concepción ; el recurrente no fue partícipe ni beneficiario del daño patrimonial causado a los querellantes; no realizó ningún tipo de actuación engañosa; la publicidad de la promoción se hizo después de que el recurrente abandonara el proyecto y todas las maquinaciones que puedan atribuirse a la publicidad engañosa son ajenas a su intervención; el Sr. Samuel sólo cobró 12.500€ pero en concepto de alquiler por las oficinas y lo hizo, no a título personal, sino por cuenta de la empresa propietaria del centro de negocios, Desarrollos e Inversiones Lavi SL; no hubo ánimo de lucro en su actuación, hasta el punto de que cuando vendió sus participaciones en las dos empresas lo hizo por cero euros.

En el submotivo segundo se afirma que los hechos no pueden ser calificados de estafa porque falta el elemento del engaño y podrían ser calificados como delito de apropiación indebida, tal y como de forma alternativa interesó el Ministerio Fiscal. En este hipótesis se afirma que la cantidad apropiada por el Sr. Samuel fue de 12.500€ por lo que resulta de todo punto improcedente que se le haya impuesto una pena de 4 años de prisión cuando al autor material de la estafa, Celestino, se le ha impuesto una pena de 3 años de prisión, a Juan Ignacio la pena de dos años de prisión habiéndose apropiado de 35.296€, a Victoriano la pena de dos años de prisión cuando se apropió de 15.700€ y más sorprendente aun que se haya declarado la participación a título lucrativo de Concepción .

(...)

3. En el caso que centra nuestro examen casacional se atribuye al recurrente haber simulado junto con Concepción y Simón la realización de una intermediación para la compra de la parcela e-13-1 a la mercantil DUMESA por la que cobraron de la Cooperativa la cantidad de 75.294,78 euros en concepto de comisión por la intermediación.

El necesario respecto por el juicio histórico de la sentencia nos lleva a la desestimación del motivo en cuanto que los hechos declarados probados reflejan una actuación engañosa que dio lugar a la realización de un acto dispositivo por parte de la Cooperativa con el consiguiente perjuicio en cuanto se pagó una comisión por una intermediación que se califica de inexistente. Tales hechos constituyen un delito de estafa, tipificado en el artículo 248 y concordantes del Código.

No obstante lo anterior, el cobro de la citada comisión no puede desvincularse de su destino posterior. Aun cuando en la sentencia no se explica con claridad, buena parte de la comisión se destinó a la compra de una parcela de suelo libre (e-27.2) que se iba a destinar a la promoción de viviendas para aquellos cooperativistas que no pudieran obtener una vivienda de protección oficial. Así se indica en la sentencia, lo que pone en evidencia la unidad de propósito de toda esta operativa. Se entregó en concepto de señal la cantidad de 60.101€ y cuando la compraventa no pudo perfeccionarse, se devolvió la señal pero en aquellas fechas el Sr. Samuel no formaba parte de HEYMAN y no tuvo intervención alguna en el destino que se dio a ese dinero.

Esta compleja operativa debe valorarse como una única acción, de forma que su consumación debe entenderse producida cuando se llevó a cabo la expropiación definitiva del importe de la comisión, esto es, cuando el Sr. Samuel hizo suyo los 12.500€ en concepto de alquiler y la empresa HEYMAN incorporó a su patrimonio el importe restante de la comisión, una vez que fue reintegrada la cantidad entregada como señal.

A este respecto debe remarcarse que consta que no se debía en concepto de alquiler la cantidad de 12.500€, dado que el cambio de domicilio de la Cooperativa a las oficinas de la c/ Tomás Castellano se produjo el 24/06/2008 y el dinero de referencia se cobró el 15/07/2008. En ese periodo de tiempo no se pudieron generar esas rentas, por lo que el dinero en cuestión se dispuso en beneficio del ahora recurrente.

Por todo ello procede estimar parcialmente el recurso en cuanto que los hechos son legalmente constitutivos de un delito de estafa de los artículos 248 y 250.1.1º, limitado a la cantidad de 12.500€ en que se lucró el recurrente, por el que procede imponerle la pena de UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, en tanto que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y no es muy elevado el importe de la defraudación. En congruencia con el anterior pronunciamiento la responsabilidad civil a cargo del recurrente ha de limitarse a la cantidad de 12.500€

*Recurso de D. Simón*

(...)

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el motivo quinto, con apoyo en el artículo 24.2 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, en el motivo sexto se denuncia por el mismo cauce la ausencia de motivación de la sentencia impugnada y en el motivo octavo, con similar apoyo normativo, se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

En realidad todo el recurso gira sobre este último motivo aunque se han utilizado todas las vías casaciones posibles para invocar la incorrecta valoración de la prueba. Por ese motivo daremos una completa respuesta del extenso reproche del recurrente que se reproduce en los distintos motivos del escrito impugnatorio. A tal fin y para enmarcar nuestra argumentación haremos un apretado resumen del contenido en el recurso y después del planteamiento de la sentencia.

1. En el escrito de recurso se hacen las siguientes alegaciones:

a) Es cierto que el Sr. Simón pone en funcionamiento la Cooperativa para ganar dinero pero no a costa de los cooperativistas, sino porque era su forma de trabajo.

b) No es cierto que pusiera a los miembros del Consejo Rector, ya que fueron ellos mismos los que se presentaron a esos cargos y fueron votados por la Asamblea, dado que el Sr. Simón no era cooperativista.

c) No es cierto que Remigio adquiriera las acciones el 29/12/2009 ya que las adquirió en mayo de 2009, cesando como administradores de Aragón Estudios y Acción SL al Sr. Simón y Samuel el 02/11/2009.

d) Si la gestora 2005 Gestión Urbana Valdesparterra SL no cobró ninguna cantidad por su gestión, tal y como se declara probado en la sentencia, difícilmente se puede afirmar también que el Sr. Simón relanzara la Cooperativa para lucrarse ilícitamente.

e) Las compras de suelo de las parcelas e-131.1 y e-13222 se hicieron siguiendo las instrucciones del Sr. Simón sin tener en cuenta que la Asamblea de la Cooperativa fue debidamente informada y autorizó las compras en Asamblea de 13/11/2008, lo que excluye cualquier vicio de voluntad, sin que conste que se compraran con sobreprecio ya que no se ha practicado una pericial que lo acredite y no hay más prueba que la declaración del arquitecto técnico que mantiene una clara animadversión con el recurrente.

f) El Sr. Simón, a pesar de estar con incapacidad temporal desde el 03/02/10 hasta septiembre de 2010, siguió controlando la Cooperativa, a pesar de que distintos testigos (Sr. Antonio, Sra. Valentina, Sra. Candida y Sra. Paula) han manifestado que desde Julio de 2009 el Sr. Simón dejó de ir por la Cooperativa, y a pesar de que hay

un documento que lo acredita, el cese de la gestora acordado el 02/01/2010 acordado por el Sr. Celestino.

g) El Sr. Simón intervino en la gestiones para la firma del contrato de ejecución de obra, a pesar de que en esas fechas ya no intervenía en nada de este proyecto.

h) El contrato con Milano y Campelo lo firmó Remigio y no Celestino y desde luego no se seguían instrucciones del Sr. Simón.

i) El nuevo contrato de gestión de 16/06/2009 no lo firmó el Sr. Simón ya que consta que su firma fue falsificada y no es cierto que hiciera gestión alguna ante el Servicio de Inspección y control de la demanda de vivienda de Aragón.

j) No es cierto que el Sr. Simón diera instrucciones para la firma del contrato de 12 de marzo de 2009 con Coebro, dar apariencia de que el proyecto iba avanzando, dado que el citado documento era un borrador y por eso no está firmado y se hizo en el marco de las gestiones iniciales, lo que no puede confundirse con el contrato de 22/06/10 que se firmó cuando él ya no intervenía y del que tendrán que responder los responsables en aquel momento, el Sr. Celestino y el Sr. Remigio.

k) En relación con los arquitectos su contratación se produjo el 08/12/08 con la autorización expresa de la Asamblea de 13/12/2008 y que en el contrato pactado se tenían que hacer cargo de la tramitación y gestión de cuantas licencias, autorizaciones y permisos fueran necesarios para la ejecución del proyecto y el incumplimiento de sus funciones fue la razón por la que la Cooperativa perdió las ayudas de la DGA al cambiar la ley en 2010.

l) Se niega que hubiera contrato alguno con la mercantil MS&F Associates SL, en contradicción con lo que se afirma en la sentencia.

ll) Cuando se relanzó la cooperativa se firmó un contrato de gestión con 2005 Gestión Urbana Valdespartera, ratificado por la Asamblea el 13 de junio de 2008, pero no es cierto que firmara después un contrato de cesión el 01 de julio de 2008, ya que su firma fue falsificada y se señala que en el juicio se supo que el Sr. Celestino había firmado un nuevo contrato de gestión con Aragón Estudio y Acción SL, en el que no tuvo ninguna intervención el Sr. Simón, con una clara diferencia con el anterior y era que en el segundo contrato se pactaron pagos mensuales de 40.000€ mientras que en el primero se pactó el pago del 8% sobre las ventas que se fueran produciendo.

m) El Sr. Simón no cobró nada, que se le debía dinero y que el propio Sr. Antonio cuando hizo su auditoría sobre la Cooperativa afirmó que al irse el Sr. Simón las cuentas estaban bien y no le consta que el Sr. Simón cobrara nada;

n) No es cierto que la Cooperativa no fuera informada de las dificultades dado que en acta de 13/11/2009 se informa que los precios se iban a ver incrementados.



ñ) El Sr. Simón no cobró ninguna comisión y no intervino en los contratos con Coebro, Huteza y Milano y Campelo, todos ellos de fecha posterior a la fecha en que dejó de intervenir en la gestión del proyecto.

En uno de los apartados del recurso se resume la versión que sostiene el recurrente y que por su claridad vamos a transcribir literalmente:

*“Resumiendo todo lo anterior, y entendiendo que la Sala no ha tenido en cuenta todas y cada una de nuestras pretensiones y solicitudes, que hemos acreditado con la documental manifestada y las testificales, manifestamos nuevamente que solo la apreciación de que el Sr. Simón no ha firmado ningún documento, no ha tenido poder de disposición sobre las cuentas de la Cooperativa, mientras su mercantil es la gestora. Que la Gestora 2005 Gestión Urbana Valdespartera no se encargaba de la contabilidad de la Cooperativa. El hecho objetivo de que se celebran hasta seis reuniones con la asamblea en la que se informa absolutamente de todo, hasta aprobaron las cuentas anuales de la misma. Que se haya demostrado documentalmente y mediante testificales (algunas hasta contrarias a nuestra defensa) que el Sr. Simón realizó gestiones para la cooperativa. Que el Sr. Simón desaparece en mayo de 2009 y se le cesa el 2 de enero de 2010. Que los cheques de Aragón Estudio y Acción, se deben a un contrato del Sr. Remigio y es este el que cobra los citados cheques que en las cuentas en las que aparezca como titular, apoderado o tomador, tanto de gestión Urbana como de Aragón Estudio y Acción no hay ningún ingreso irregular y mucho menos un ingreso de dinero de la cooperativa. Que los encargados de solicitar todas las licencias, calificaciones... eran los arquitectos dado que así se habían comprometido mediante contrato. Que la compraventa del suelo no estaba por encima del precio y que esa no fue la causa de que no le diera la subvención la DGA, sino que como los arquitectos no presentaron la calificación antes de junio de 2010 (fecha en la que ya no se encontraba el Sr. Simón), al cambiar la ley perdieron la oportunidad. Que a finales del año 2009 la cooperativa no había sido descapitalizada, es más, no hemos de olvidar que la misma tenía beneficios y las cuentas estaban conforme a derecho, son fundamentos suficientes, constatados con numerosa prueba documental, para que hubiera habido una Sentencia Absolutoria”.*

2. En la sentencia de instancia se ha condenado al Sr. Simón por la comisión de un delito de estafa agravada a la pena de 6 años y mes de prisión, multa accesorias y costas, y al pago de 2.771.000 € en concepto de responsabilidad civil a la Cooperativa y de 111.219 € a la mercantil UTEZA, considerándole máximo responsable y participe en todo el fraude junto con Remigio y Celestino.

En el fundamento jurídico duodécimo se resume la valoración probatoria que justifica el anterior pronunciamiento, en los siguientes términos:

a) Con apoyo en las declaraciones de los distintos miembros del Consejo Rector se acredita que fue el Sr. Simón quien relanzó y manejó inicialmente la Cooperati-

va y puso a amigos al frente del Consejo Rector y se destaca que, por ejemplo, se nombró tesorero a un empleado suyo que era chófer de su compañera sentimental, Concepción, y que se nombró presidente a una persona manejable y con problemas de juego, Celestino. La sentencia indica que estos hechos, además de por los indicios anteriores, resultaron acreditados por las declaraciones de los hermanos Arturo y Marco Antonio, por la declaración de Celestino y de Roque.

b) Se señala que la verdadera situación de la Cooperativa y la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto se ocultó a la Cooperativa. A este respecto se reconoce que hubo Asambleas de la Cooperativa pero sus actas sólo recogen los acuerdos y no la información suministrada. Se remarca, por ejemplo, que en la Asamblea de 15/12/2009 se dice que se están realizando gestiones para obtener la licencia de obra, cuando ni siquiera se tenía la propiedad de los terrenos y el dato fundamental para advertir la falta de información fueron las reclamaciones de cooperativistas que, comprobando que el proyecto no salía adelante, empezaron a pedir información, descubriéndose en 2010 el estado de crisis de la Cooperativa. Sobre estos extremos declararon distintos cooperativistas como Candida o Eulogio y también reconoció la situación de desinformación de los cooperativistas el acusado Victoriano, a quien acudieron muchos cooperativistas de manera insistente a preguntar por lo que sucedía, dándole la sensación de que no tenían ni idea. Incluso se les llegó a ofrecer que sobre plano eligieran su vivienda, cuando todo era una quimera.

c) El Sr. Simón no consta que hiciera verdaderas gestiones para obtener la financiación y sólo se inician contactos con la Diputación General de Aragón para la aprobación administrativa del proyecto cuando se habían comprado las parcelas, descapitalizado a la Cooperativa y cuando el proyecto era ya inviable, lo que no impidió la firma de contratos de ejecución de obra de los que obtuvieron una sustanciosa y fraudulenta comisión.

d) Durante la gestión del Sr. Simón se invirtieron 1.600.000€ para la compra de terrenos que finalmente no fueron adquiridos. Se indica que la compra de terrenos, además de conllevar un sobreprecio, según informe pericial obrante en autos, suponía un encarecimiento del proyecto ya que costaba 5.589.000€ cuando las aportaciones de los cooperativistas podrían ser de 4.960.000€. Las cantidades entregadas se perdieron definitivamente como consecuencia de la resolución del contrato.

e) Se destaca que el fracaso de la financiación no fue debido a la existencia de una carga hipotecaria sobre la parcela adquirida, ya que era un dato que se conoció una vez que fueron cesados los gestores y, además, la propiedad se comprometió a levantar la carga hipotecaria si se pagaba el precio.

f) Un indicio que revela la actuación del Sr. Simón en la trama fraudulenta fue el cobro de comisiones por dos empresas gestionadas por su compañera sentimental,

Proyectos Natinga SL y Heynman Dos Ibérica SL por intermediaciones inexistentes. Se señala que el testigo Demetrio manifestó que una de las comisiones fue para el Sr. Simón.

g) Se atribuye la intervención de la mercantil Intermedialia al Sr. Simón si bien esta empresa cobró una comisión de 75.000€ devolviendo 60.000€.

h) Se señala que se ocultó a los cooperativistas que no se contrataron avales para garantizar la devolución de las cantidades entregadas.

i) Se indica que el Sr. Simón tenía conocimiento de que por la compra de la parcela se estaban pagando dos comisiones a la vez, ya que intervenía directamente en estas comisiones su compañera sentimental Concepción. A través de la declaración de Rodrigo se tuvo conocimiento de la intervención directa en la compraventa y comisiones de las dos parciales del Sr. Simón y también Demetrio aseveró esta intervención, indicando incluso que vio sobre la mesa del Sr. Simón la factura de una intermediación de importe elevado

j) En relación con la gestión de la cooperativa se declara que el Sr. Simón otorgó el primer contrato en nombre de la gestora y se señala que hay un documento fechado el 01/02/2010 (folios 155 a 157 del tomo II del rollo de sala) en el que se acuerda la rescisión del contrato sin reclamación alguna entre las partes contratantes. Este contrato fue objeto de una subcontrata, no autorizada, y realizada con la mercantil Aragón y Estudios Acción SL, que la sentencia data en mayo de 2009. Por consecuencia de este contrato se cobraron importantes contraprestaciones (335.055,30€ por parte de la empresa y 89.644,40€ por Remigio, entre mayo de 2008 y noviembre de 2009. El Sr. Simón negó toda intervención en esta contratación afirmando que la firma que obra en el contrato no es suya y fue falsificada, pero la sentencia le atribuye la participación en el contrato, al margen del problema de la firma, con base en la declaración de Jenaro que dijo que quien controlaba Aragón y Estudios Acción SL eran el Sr. Simón y el Sr. Remigio, hasta que el primero fue cesado de su cargo de administrador (2/11/2009). Por lo tanto, la detracción de fondos de la Cooperativa por consecuencia del citado contrato de gestión se produjo mientras el Sr. Simón era administrador de la sociedad beneficiaria, lo que concuerda con la declaración del testigo Sr. Jenaro, que dijo que ambos administradores controlaban la sociedad gestora. Sin embargo, no consta que el Sr. Simón conociera, consintiera o se lucrara de las cantidades recibidas o ingresadas en sus cuentas por el Sr. Remigio en cuantía de 89.644,40€.

k) La sentencia declara que el 01/01/2010, cuando el Sr. Simón había cesado como administrador de Aragón y Estudios Acción SL se firmó un nuevo contrato de gestión que dio lugar a desembolsos por parte de la Cooperativa de 345.130,22 €.

No se ha identificado prueba alguna de que el Sr. Simón interviniera en ese contrato o que se lucrara con las cantidades recibidas por consecuencia de él.

l) En cuanto a la firma del contrato de obra con Construcciones Huteza SL por más que fuera otorgado por el Sr. Remigio cuando el Sr. Simón había cesado como administrador de la gestora, el testigo Sr. Emilio, que intervino por cuenta de la constructora, afirmó que el Sr. Simón intervino en las negociaciones y cobró el dinero entregado en efectivo en ese acto (60.000€), lo que evidencia que no se había desvinculado de la gestión y su participación activa en este contrato. Se destaca en la sentencia la falta de justificación de este contrato y de la comisión cobrada, dado que no se disponía de los terrenos, ni de la financiación para el proyecto. Se identifica esta operación como un acto más del expolio de la cooperativa.

m) La sentencia indica que no puede desviarse la responsabilidad a los arquitectos ya que si bien es cierto que convinieron en gestionar las autorizaciones y licencias necesarias tal encargo se refería a las relativas para la ejecución de la obra y no para las restantes, como la obtención de la calificación provisional de vivienda protegida y es precisamente la falta de estas autorizaciones lo que constituyó un obstáculo para la obtención de financiación.

3. Según hemos indicado en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución el control que nos corresponde realizar en sede casacional sobre la sentencia cuando se invoca la vulneración del principio de presunción de inocencia se concreta en la revisión de la estructura racional de la prueba, es decir, si la sentencia en su argumentación fáctica se atiene a las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también venimos afirmando de forma constante que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantarse la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. Esta afirmación tiene especial relevancia en este caso en que la prueba documental no ha sido decisiva y lo determinante ha sido conocer hasta qué punto los cooperativistas fueron informados puntual y correctamente de la marcha de la Cooperativa dado que todos los desembolsos realizados y que, concluyeron en un vaciamiento patrimonial de ésta, no sirvieron para nada ya que, al final, ni se compraron los terrenos, ni se obtuvo financiación, ni se llegó a realizar construcción alguna. Se entregaron cuantiosas cantidades por la compra de terrenos, contratos de gestión, contratos de ejecución de obra, etc., sin ningún resultado.

Por lo tanto, a esta Sala no le corresponde hacer una nueva valoración de la prueba, máxime cuando la parte más relevante consiste en declaraciones que este tribunal no ha presenciado y que no puede valorar mejor que el tribunal de instancia y tampoco puede adentrarse en una valoración pormenorizada de cada hecho de los que componen esta compleja defraudación, ya que también es doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional (por todas STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 9) que cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia “nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]”.

Partiendo de estas consideraciones podemos concluir que la condena del Sr. Simón se justifica en un conjunto de pruebas, variado y complejo, que han sido racionalmente valoradas y con son suficientes para afirmar sin margen de duda razonable que junto con el Sr. Remigio y el Sr. Celestino llevaron a cabo un conjunto de actos que tuvieron como última finalidad vaciar patrimonialmente a la Cooperativa haciendo suyos buena parte de sus fondos, a través de contratos innecesarios que no tenían más finalidad que la obtención de un lucro ilícito.

Para llegar a estas conclusiones la sentencia ha tomado en consideración, al margen de aisladas pruebas documentales, las declaraciones de los numerosos testigos que han depuesto en el plenario sobre las distintas acciones integrantes del fraude, una prueba pericial, la declaración de los agentes policiales que llevaron a cabo la investigación y abundantes indicios que permiten un entendimiento racional de lo sucedido y de su última finalidad.

La secuencia de la acción delictiva se inicia con la reactivación de la Cooperativa, poniendo en su Consejo Rector a amigos o conocidos para vencer cualquier resistencia a los actos siguientes. Continúa con el ocultamiento de información relevante a los Cooperativistas que, de haber existido, debería haber constancia de ella, lo que no es el caso, tal y como manifestaron distintos testigos y como evidencia el hecho de cuando se descubrió lo que estaba ocurriendo se produjo el cese de todos los partícipes.

Resulta determinante las gestiones realizadas para la compra de terrenos que tenían un valor superior al de las aportaciones de los cooperativistas, lo que sin duda habría de encarecer su coste y dificultar su autorización como vivienda de protección

oficial y que se concluyera la compra sin la previa obtención de financiación para el proyecto, así como sin desarrollar las autorizaciones administrativas pertinentes.

Estando todas esas actuaciones sin concluir, los gestores llevan a cabo determinadas actuaciones, con la intención directa de beneficiarse. En este contexto se entiende el cobro de varias comisiones sobre la compra de la parcela, la celebración de varios contratos de gestión que dieron lugar a importantes desembolsos para la Cooperativa y la celebración de un contrato de ejecución de obra, a todas luces innecesario que generó una comisión cobrada por el Sr. Simón. De todos y cada uno de estos hechos se ha aportado prueba suficiente, tal y como cabe advertir de la prolija exposición contenida en la sentencia de instancia.

Todo lo expuesto, nos lleva a la desestimación del motivo, si bien advertimos la insuficiencia de prueba en relación con dos cuestiones muy puntuales, que tienen su incidencia en la determinación de las responsabilidades civiles pero no en la calificación penal del hecho. Nos referimos a los pagos realizados por el segundo contrato de gestión, por cuantía de 345.130,22€, ya que no consta que el Sr. Simón tuviera relación alguna con dicho contrato ni fuera beneficiario de dicha cantidad, y a las cantidades cobradas directamente por el Sr. Remigio derivadas del primer contrato de gestión, por cuantía de 89.644,40€, ya que no consta que conociera, consintiera o se lucrara con dichas cantidades.

El motivo se estima sólo de forma parcial.

#### *Recurso de D. Victoriano*

(...)

DÉCIMO NOVENO.- En el segundo motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Se alega que en la sentencia se trata al recurrente como un damnificado más y que lo único acreditado es la falta de claridad en las gestiones realizadas y que el recurrente actuó de buena fe, ya que informó a los cooperativistas de las cargas que afectaban a las parcelas adquiridas. Se añade que no se ha acreditado que el recurrente fuera beneficiario de algún desplazamiento patrimonial ilícito y se destaca que la propia sentencia reconoce que el recurrente “no aparece inmerso en la trama denunciada” y que no consta “que colaborase en la trama defraudatoria de una u otra manera, aunque puede haber sospechas de que algún conocimiento tuviera”.

En anteriores fundamentos ya hemos hecho referencia a las facultades de este tribunal para revisar el juicio fáctico cuando se invoca el principio de presunción de inocencia, por lo que evitaremos reiterar nuevamente nuestra doctrina.

En el presente caso y en relación con este recurrente los hechos probados de la sentencia impugnada declaran que el Sr. Victoriano fue intermediario en la venta

de las parcelas e-13.1 y e-27.2. Ofreció al Sr. Simón la parcela e-13.1 y acordó con Rodrigo que éste cobraría la comisión de la venta de dicha parcela y que él cobraría la comisión correspondiente a la parcela e-27.2 y el día 02/07/2010 cobró de la Cooperativa por este concepto y a cuenta la cantidad de 2.000€ y cobró de Aragón Estudio el 23/09/2009 dos pagarés por importe de 5.700€ y 6.000€, sin que estos pagos respondieran a contraprestación alguna para la Cooperativa o la Gestora.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se identifica al Sr. Victoriano como comisionista por parte de DUMESA, empresa propietaria de una de las parcelas y fue la persona que ofreció la parcela a Simón y Rodrigo. Se reitera que pactó con éste que Campos se quedaría con la comisión de la parcela e-13.1 y él con la comisión correspondiente a la parcela e-27.2, no llegando a percibir dinero alguno. No obstante lo anterior, se afirma que cobró de la Cooperativa 2.000€ y de la empresa ARGÓN ESTUVIOS ACCION SL dos pagarés de 5.700€ y 6.000€, si bien ese dinero pertenecía a los cooperativistas (FJ 17º).

En la sentencia no se identifican las pruebas que permiten hacer esta inferencia por lo que no puede conocerse la racionalidad de la argumentación que ha conducido a esta resultancia fáctica.

El motivo se estima lo que exime de la necesidad de dar respuesta al tercer y último motivo de este recurso.

### *Recurso de Roque*

VIGÉSIMO.- En el primer motivo de este recurso y por el cauce de la infracción de ley se denuncia la indebida aplicación de los y del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777).

Se alega que en la conducta del recurrente no concurrió el elemento del engaño que caracteriza al delito de estafa. Se reconoce que el impugnante firmaba los cheques que le pasaban a la firma pero la propia sentencia reconoce que nunca tuvo acceso a las cuentas de la Cooperativa, que cuando firmaba los cheques o pagarés ya estaban firmados por el Presidente, que no conocía los contratos, ni tenía información sobre el desarrollo del proyecto y carecía de todo criterio para tomar decisiones en contra de su jefe. El recurrente no pone en duda ninguno de los hechos que se declaran probados en la sentencia pero si de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo penal. Se enfatiza que el recurrente formó parte del Consejo Rector con posterioridad a que surgieran los problemas, su participación fue temporal y su situación personal, hace perfectamente posible que fuera desconocedor de que se estuvieran produciendo hechos ilícitos.

Los hechos que se atribuyen al recurrente en el relato fáctico de la sentencia impugnada son los siguientes:

*Vigésimoquinto .-.a).- El acusado Roque, que no era cooperativista, al cesar el anterior tesorero, fue introducido para ese cargo de la COOPERATIVA por medio de Simón que indicó a los socios que este acusado aportaría nuevos cooperativistas, urgiéndoles también el nombramiento porque había que hacer pagos. Se le nombró por el Consejo Rector en fecha 7 de julio de 2009 y desde entonces firmaba los pagarés y talones que se le ponían a la firma. Tenía Formación Profesional y era carretillero de almacenes. El 22 de julio de 2009 cobró un pagaré de 3.000 euros contra una cuenta de ARAGÓN ESTUDIO Y ACCIÓN S.L. (folio 1273, tomo 4; y folio 18, Anexo 11) y con fecha 6 de agosto de 2010 cobró otro pagaré por importe de 9.500 euros contra una cuenta de la COOPERATIVA (folio 1273, tomo 4; y folios 46 y 47, Anexo 10), cantidad que entregó a Remigio quien le había encargado el cobro de dicha suma. Simón le pagaba 1.000 euros al mes. Trabajaba de carretillero y tenía formación profesional. No tuvo nunca acceso a ninguna cuenta y cuando él firmaba los cheques o pagarés esos documentos ya tenían la firma del Presidente*

Los hechos declarados probados tal y como se describen no permiten su subsumición en el delito de estafa dado que no se indica que este acusado conociera la actuación ilícita de las tres personas que de forma concertada dirigían las actividades que dieron lugar al perjuicio causado a la Cooperativa ni se indica en qué modo o mediante qué actuaciones participó del engaño a los cooperativistas.

Ya hemos indicado anteriormente que es doctrina de esta Sala que comete delito de estafa el que con ánimo de lucro utiliza engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero, de donde se infiere que, aparte de la defraudación o perjuicio patrimonial como fin, el elemento característico de este tipo de infracciones punibles es el engaño, que consiste en instigar, persuadir, convencer o mover la voluntad de otro, determinándola a tener por cierto lo que no lo es, constituyendo el núcleo fundamental de la estafa, porque se concreta en la actividad, en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme al plan preconcebido, falta de verdad suficiente, aparente y bastante para producir ese error, como conocimiento viciado de la realidad (entre otras, SSTS 30 Sep. 1991 y 1 Feb. 1993 (RJ 1993, 627)).

En este caso, el relato fáctico no describe hechos que puedan ser subsumidos en el delito de estafa, ni siquiera contextualizando los hechos atribuidos a este recurrente con los restantes hechos, dado que en ningún momento se señala que el Sr. Roque tuviera noticia o participara en modo alguno en el resto de actos fraudulentos. No cabe excluir que se limitara a cumplir órdenes sin un conocimiento cabal de lo que estaba sucediendo y sin intención alguna de perjudicar a los cooperativistas.

El motivo debe ser estimado, lo que hace innecesario dar respuesta al siguiente y último motivo de este recurso.»



**\* STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803)**

Ponente: Concepción Rosario Ureste García

**Resumen:** *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

**Nota:** Véase en los mismos términos STS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); STS núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm.98/2019, de 7 de febrero (RJ 2019/1002) y STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (RJ 2019/5435). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

**Fundamentos Derecho**

«PRIMERO.- 1. El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si la parte actora, socia de una cooperativa de trabajo asociado afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2. La demandante recurre la sentencia desestimatoria dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 14.03.2017, rec. 347/2017, resolución conforme al criterio que en precedentes sentencias había seguido dicha Sala.

3. El Ministerio Fiscal, en el trámite del LRJS, ha informado la improcedencia del recurso, entendiendo que se incumple el requisito del art. 161.bis.2 de la LGSS e interesando la declaración de improcedencia del recurso.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, alega que el cese de la actora no se encuentra entre las causas tasadas de tal precepto pues obedeció a la voluntad mayoritaria de los socios de la cooperativa.

SEGUNDO.- 1. En primer lugar, debemos examinar el cumplimiento de las previsiones del de la LRJS, norma que exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial, que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. (...).

2. La sentencia de contradicción es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016. Dicha resolución confirmó la dictada en la instancia que declaraba el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el demandante, junto a los otros seis socios, vio extinguida la relación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161. bis.2.ALGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2. ALGSS.

3. En resoluciones precedentes esta Sala IV ha tenido ocasión de pronunciarse en asuntos absolutamente idénticos al presente, así en SSTS 10.12.2018, rcud. 3407/2016; 19.12.2018, rcud. 2233/2017 y 7.02.2019, rcud. 649/2017 en los que concurren exactamente las mismas circunstancias, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado en igual situación jurídica que la actual demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con análogos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

La referida semejanza nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente. En ellas hemos señalado que: “Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.”

La misma solución de concurrencia del referido requisito se observa en el supuesto actual, lo que apertura el examen del fondo deducido.

TERCERO.- 1. Denuncia la parte recurrente la interpretación indebida del derecho de acceso a la pensión de jubilación anticipada por parte del socio cooperativista, de conformidad con la naturaleza jurídica de la cooperativa de trabajo asociado y del vínculo que une al socio cooperativista con la cooperativa, así como de la cláusula general de equiparación contenida en nuestro derecho (DA 4ª y arts. 7.1.c) y 97.1 de la LGSS, del Reglamento de Inscripción de Empresas y de la CE en relación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

Trasladamos aquí la argumentación de la última de nuestras sentencias: El LGSS, bajo el título “Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador”, dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, “Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que

impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.<sup>a</sup> El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.<sup>a</sup> El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

3.<sup>a</sup> La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal...”.

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

La recurrida en estos autos alcanza una solución divergente con apoyo en pronunciamientos precedentes de la misma Sala del TSJ, uno de los cuales fue la sentencia de 7 de junio de 2016, recurso de suplicación número 1129/2016, casada y anulada por la de esta Sala IV de 10.12.2018, arriba identificada.

Dijimos en esa resolución que: “Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de *numerus clausus* de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la L G S, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones”.

Prosiguiendo la transcripción del criterio que ya hemos expresado en la última de las dictadas, entendemos que: una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el ) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto conlleva, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, estimando el recurso de tal clase formulado por la actora y declarando su derecho a la prestación solicitada conforme a los parámetros temporales y cuantitativos fijados en el incombatido HP 7º del relato fáctico.

No procede la imposición de costas (art. 235 LRJS).»

**\* STS núm. 416/2019, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)**

Ponente: Ana María Ferrer García

**Resumen:** *Responsabilidad penal del encargado de la gestión económica de la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida al elaborar una serie de facturas*

*que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia de vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales.*

### **Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- El primer motivo de recurso invoca el artículo 852 LECRIM para denunciar la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24 CE, porque sostiene que en el acto del juicio oral no se practicó prueba de cargo que avalara suficientemente la autoría del acusado respecto al delito por el que se le condenó.

Se afirma que no ha existido prueba de cargo respecto a ninguno de los mecanismos de apropiación que la sentencia da por probados. En cuanto al primero de ellos, las transferencias a cuentas del acusado de las cantidades destinadas a retribuir por parte de la cooperativa la compra de cereal a los cooperativistas, mantiene que correspondían a las entregas efectuadas por la familia Hugo. Y que el desvío de los fondos estuvo amparado en un pacto no escrito con Hugo, por el que le autorizó a que dispusiera de tales fondos con el fin de que pudiera solventar unos problemas económicos. Fondos que posteriormente le devolvería, como de hecho hizo el Sr. Claudio a través de la venta de unos inmuebles propiedad de sus padres.

Respecto a la apropiación de las cantidades de caja procedentes de la venta de aceite y vino por parte de la cooperativa, ataca el valor de la pericia que la Sala sentenciadora tomó en consideración, porque sostiene que se encargó por la cooperativa para justificar el despido del Sr Claudio, y se elaboró a partir de documentación insuficiente y no con la contabilidad oficial; y añade que el acusado no era el único trabajador que tenía acceso al dinero metálico y a los vales que se rellenaban.

(...)

2. La Sala sentenciadora explica la prueba que ha tomado en consideración para asentar sus conclusiones probatorias.

El recurso no cuestiona las transferencias de fondos de la cooperativa hacía las cuentas del acusado, por otra parte documentalmente constatadas. Pero la versión de descargo que esgrime lo es después de que la Sala sentenciadora descartara, a partir del análisis de la prueba testifical, que las facturas que las sustentaron, elaboradas por el acusado, respondieran a operaciones reales, entre ellas a la entrega a la cooperativa de cebada procedente de las tierras del padre y el tío de la esposa del Sr. Claudio .

También rechazó como probado la Sala sentenciadora, el pacto con la familia Hugo que el acusado esgrimió entonces y también ahora para justificar el desvío a sus cuentas de los fondos destinados a retribuir a aquella por sus aportaciones de cereal. Y lo hizo a partir de las declaraciones que en fase de instrucción prestó la persona

con quien habría alcanzado tal alegado acuerdo, D. Hugo, que lo negó. (...). Otros testigos comparecientes tampoco avalaron abiertamente la tesis del acusado.(...). Y el Presidente de la Cooperativa en la fecha de los hechos declaró que la familia Hugo nada le dijo nunca de que existiera acuerdo alguno con el acusado.

A partir de esa prueba, unida a la falta de cualquier reflejo documental del aludido pacto, rechazó la Sala sentenciadora considerarlo acreditado. Conclusión lógica y que no se desvanece por el hecho de que, también a partir de la prueba practicada, diera por cierto que la familia Hugo quedó satisfecha en sus intereses económicos con la venta de unos inmuebles por parte de los padres del acusado. Lo que, como también apuntó la sentencia, pudiera estar dirigido a evitar el ejercicio de acciones penales por parte de los miembros de aquella. Todo ello con independencia de que, como más adelante analizaremos, tal extremo no afecte a la tipicidad de los hechos.

Por lo que afecta a las cantidades de caja provenientes de la venta de vino y aceite por parte de la cooperativa que se afirman sustraídas, también la sentencia contiene cumplida explicación de la prueba que sustenta sus conclusiones fácticas, distintas de la pericia, y que condensa en el fundamento sexto. Muy especialmente el examen de los vales que documentaron el pago efectuado a la cooperativa por los adquirentes, y la comprobación de que su importe no se ingresó en el banco. También la dinámica de actuación del acusado como responsable de la caja, que descarta la intervención de otras personas sin que él la hubiera detectado. Todo ello completado con la asunción de responsabilidades plasmada en el documento que el acusado suscribió (“devolver y reintegrar aquellas cantidades que por si queden fehacientemente demostradas que se hayan podido sustraer por mi parte en el más breve plazo de tiempo posible según mis posibilidades”), cuya trascendencia, dada su formación jurídica, no podía desconocer, y del que la Sala de instancia realizó una razonable interpretación.

Alega el recurso como elemento de descargo que ni Consejo Rector ni el Presidente de la cooperativa que tenían la competencia para supervisar las cuentas y las ventas pusieron tacha a la gestión del acusado durante el tiempo en que se realizaron las sustracciones. Extremo que carece de la trascendencia que le atribuye, pues lógicamente actuaron en la confianza del buen hacer del gestor, precisamente esa especial relación de confianza que quebranta el tipo penal que se aplica.

(...) En conclusión, desde el análisis que ahora nos incumbe, resulta patente que la Sala sentenciadora construyó su relato de hechos probados y basó su juicio de culpabilidad en prueba válidamente obtenida e introducida en el proceso, de adecuado contenido incriminatorio, suficiente y lógicamente valorada, por ello, idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que al acusado amparaba.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo de recurso se plantea “por vulneración del del CP y el 250.1º y 5º y 74 CP por cuanto los hechos probados no evidencian en absoluto la autoría del delito por el que se condena”.

(...).

3. Aplicada tal doctrina [del TS] al caso que nos ocupa, la tipicidad de los hechos y la autoría del acusado surgen nítidamente a partir del relato de hechos que la Sala sentenciadora declaró probados.

Respecto al primer bloque de hechos, el acusado, como encargado de la gestión económica de la cooperativa, elaboró una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. De esta manera, quien resultó defraudada fue la cooperativa, cuyos fondos, desviados del destino que les era propio, fueron a parar al acusado; era ella, la cooperativa, quien mantenía el compromiso de pago frente a los productores; y fue ella quien vio defraudada la confianza depositada en el acusado. Desde esa óptica, incluso carecería de trascendencia el acuerdo que el acusado dijo haber alcanzado con Hugo y que no ha quedado probado.

Respecto a la segunda secuencia fáctica, la sustracción del dinero de caja en lugar de ingresarlo en las cuentas de la cooperativa, realizada por quien tenía encomendada la gestión económica de aquella, no deja espacio alguno a la controversia.

El motivo se desestima.

(...)

CUARTO.- El cuarto motivo de recurso, canaliza a través del LECRIM la denuncia por inaplicación de la atenuante de reparación del daño.

Considera base de la misma la afirmación que contiene el relato de hechos probados al afirmar que “Hugo, a través de una sociedad suya y actuando por su representante e hijo, recibió el pago de la cebada que había entregado a la cooperativa en ese ejercicio mediante la venta de unos inmuebles de los padres del Sr. Claudio, dando por saldada la deuda constituida por el precio de la cebada que había entregado el Sr. Hugo y del que se apoderó el acusado por vía de las citadas transferencias. Hugo no ha reclamado cantidad alguna a la cooperativa en pago de la cebada que le entregó a la misma. La cooperativa no le pago a este el precio de la venta de la cebada que entregó. No consta que el acusado efectuara apoderamiento de lo debido a cualquier otro socio por entrega de productos, ni que la sociedad cooperativa haya tenido que atender de patrimonio propio el pago de precio de cebada u otros productos entregados a la misma por los socios, ni nada en tal sentido le ha sido reclamado por ningún otro socio”.



1.1. La actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento.

Se trata de una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva en una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

(...)

2. En el caso que nos ocupa la Sala sentenciadora negó la apreciación de la atenuante, según explico en su fundamento octavo, porque “En este caso el acusado no intervino en la reparación. Los inmuebles entregados en la venta lo fueron por sus padres. Los contratos se firmaron por sus padres y asimismo también la escritura pública y ello contando con que los contratos se pactan en octubre de 2008 cuando no consta total incapacidad económica del acusado para intervenir directamente en esta reparación con sus bienes y así consta que a 30.9.08 la sociedad de la que era administrador único contaba con saldo medio, aun en la única cuenta que se le conoce de más de 100.000 euros”.

Aunque la reparación exige un esfuerzo personal de responsable, no puede en principio negarse efectos a la que, ante la insuficiencia de medios a su alcance, realizan sus familiares, siempre que se vislumbre implicación en la iniciativa de aquel. Extremos estos que el Tribunal sentenciador descartó en este caso.

(...).

(...) en cualquier caso, concurre una cuestión relevante. No fue el patrimonio del Sr. Hugo el que resultó mermado por efecto de la apropiación que se sanciona, sino el de la cooperativa, por lo que *stricto sensu* aquel no goza de la condición de víctima, pues mantenía intactas sus posibilidades de reclamación a la entidad que debió pagarle y a la que no consta que reclamase. Todo ello avala la deducción de la Sala sentenciadora que entendió que la descrita operación pudo tender más que reparar el daño a evitar el ejercicio de acciones penales, lo que tampoco sería óbice para su apreciación.

Además, tampoco la reparación sería total, pues el resto de las sumas objeto de apropiación no han sido repuestas. (...)

El motivo se desestima.

(...).»

**\* ATS de 25 de septiembre de 2019 (Civil) (JUR 2019/276485)**

Ponente: Eduardo Baena Ruiz

**Resumen:** *Los socios cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial, por un lado, sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones; y, por otro, sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la “ratio decidendi” de la sentencia recurrida.*

**Fundamentos de Derecho**

«(...)

SEGUNDO.- El recurso de casación, articulado en dos motivos y formulado en su modalidad de existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, incurre -en ambos- en la causa de inadmisión de falta de cita del precepto infringido. (...)

TERCERO.- Al margen del defecto formal antes expuesto, concurren a su vez causas de inadmisión de fondo en los dos motivos del recurso de casación interpuesto.

En el primero, se declara la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja de los socios al postergar sine die la liquidación de sus aportaciones.

Concurre -en este primer motivo- la causa de carencia manifiesta de fundamento porque el recurrente elude la ratio decidendi y la base fáctica de la sentencia de segunda instancia.

No se acredita interés casacional, ya que la parte recurrente insiste en su particular y conveniente versión y valoración de los hechos, ignorando las conclusiones de la sentencia de la audiencia- tal y como se observa claramente en la página 14 del escrito, en el que se parte de una premisa inexacta considerando que las cantidades anticipadas son aportaciones sociales.

La audiencia declara que del hecho de que el cooperativista se comprometiera contractualmente a participar de los resultados del Fondo de Compensación, implica que su actividad cooperativizada no se acaba hasta la extinción de dicho fondo. No obstante, continúa argumentando que ello no implica que el socio no pueda solicitar baja antes de la liquidación del Fondo de Compensación, por lo que la cláusula en cuestión no infringe los artículos 1 y 20 LCCM. Cuestión diversa, señala, son las

consecuencias de la baja cuando el cooperativista tiene obligaciones pendientes de pago, citando el artículo 114.6 LCCM que avala dicha interpretación, a la que se opone el recurrente.

No vulnerándose la doctrina de la sala, y pretendiendo el recurrente una nueva valoración acorde a sus intereses, no cabe sino inadmitir este primer motivo.

CUARTO.- En el segundo motivo, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa, al exigir una responsabilidad ilimitada por el coste de bienes que no se le adjudica.

Concurre en este segundo y último motivo, la causa de carencia manifiesta de fundamento al no respetarse por el recurrente ni la base fáctica ni la ratio decidendi de la sentencia de segunda instancia.

Tal y como consta en el escrito, página 20, el recurrente parte de una premisa inexacta, que se adecúa a sus propias pretensiones: la actividad cooperativizada a terceros no socios, cuando la sentencia concluye que en todo caso se trata de una actividad con terceros socios.

Lo cierto, es que la sentencia recurrida en ningún caso conculca la doctrina jurisprudencial que se pretende vulnerada, afirmando que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales quedará limitada al importe nominal de las aportaciones al capital social. No obstante, determina que la estipulación séptima del contrato de adhesión- cuya nulidad pretende la parte recurrente- no hace responsable a los socios de las deudas sociales sino de los costes de la cooperativa vinculados a la actividad cooperativizada que se realiza.

La audiencia habla de socios, y no de terceros, dada la vinculación entre los costes de los fondos de compensación y la adjudicación de la vivienda, que conllevan una incidencia de los primeros en el coste final que el cooperativista deberá pagar por la misma.

QUINTO.- Cuanto se ha expuesto impide tener en consideración las alegaciones efectuadas por el recurrente.

Consecuentemente, procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la sentencia (...).»

**\* STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435)**

Ponente: Sebastián Moralo Gallego

**Resumen:** *Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad.*

**Nota:** Véase en los mismos términos SSTS (Social) núm. 1034/2018, de 10 de diciembre (RJ 2019/342); STS núm.1091/2018, 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/6056); STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002) y STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803). Esta dos últimas pueden verse en esta misma reseña.

**Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en decidir si un trabajador, socio de una cooperativa de trabajo asociado afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno del concurso en que se hallaba inmersa dicha cooperativa.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de mayo de 2017, rec. 806/2017, que acoge el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia de instancia que había estimado la demanda y reconoció la prestación de jubilación anticipada denegada en vía administrativa.

3.- Consta en la sentencia recurrida que la trabajadora está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, y ha prestado servicios como socia trabajadora de Edesa desde el 1-10-1994 hasta el 25-3-2014.

Solicitó la pensión de jubilación que el INSS le denegó, alegando no haberse producido el cese en el trabajo derivado de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción según el art. 207.1, apartado d), punto 1º LGSS de 30 de octubre de 2015.

El 25 de febrero de 2014 la asamblea general extraordinaria de Edesa había acordado, entre otros puntos, extinguir la obligación y el derecho a prestar su trabajo de los socios trabajadores por causas económicas, con efectos de la resolución favorable de la Autoridad Laboral. Por auto de un juzgado de lo mercantil de 8 de julio de 2014 se declararon extinguidos los contratos de los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa.

La sentencia recurrida ha desestimado la demanda declarando conforme a derecho la resolución del INSS, porque la demandante no cumple el requisito de que el cese en el trabajo se haya producido por causa no imputable a su voluntad, sino que la extinción de la relación societaria fue el resultado de un acuerdo adoptado en asamblea general y por causas económicas, lo que impide considerar que la actora fuese ajena a una decisión que es fruto de la voluntad de los socios, sin la concurrencia en la decisión extintiva de persona o entidad distinta a los propios socios a los que cabe atribuir la condición de empresario.

4.- Ya ha tenido ya esta Sala IV ocasión de pronunciarse en otros asuntos absolutamente idénticos al presente en la SSTS 10/12/2018, rcud. 3407/2016; 19/12/2018, rcud. 2233/2017; 7/2/2019, rcud. 649/2017; en los que concurren exactamente las mismas circunstancias del caso de autos, porque se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado que se encuentran en igual situación jurídica que la demandante y cuya pretensión fue desestimada por la sala de lo social del TSJ del País Vasco con los mismos argumentos, y en los que incluso se invocaba igualmente la misma sentencia de contraste.

Tan absoluta coincidencia nos lleva a reiterar el texto de las precitadas sentencias al no existir razones para aplicar en este caso una solución diferente.

SEGUNDO. 1.- Se aporta por el recurrente como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 12 de mayo de 2016, rec. 82/2016.

Resolución que confirmó la dictada en la instancia que reconoció el derecho del actor a que le fuera reconocida la prestación de jubilación anticipada interesada. Consta en la misma que el actor, junto a los otros seis socios, vio extinguida la relación como socio trabajador que le vinculaba a Comaintra Sociedad Cooperativa Limitada el 30-06-14, por causa económica constatada por la Inspección de Trabajo pasando a situación de desempleo, impugnó judicialmente la resolución del INSS

que le había denegado la jubilación anticipada involuntaria formulada el 17-04-15, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el art. 161 bis.2 de la LGSS. El 10-06-14 todos los socios de la sociedad cooperativa, en asamblea general extraordinaria, acordaron por mayoría presentar ante la Autoridad laboral un ERE de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

La sentencia de instancia estimó la demanda basándose en que el art. 161. bis.2.ALGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Pronunciamiento que la Sala confirma, descartando que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada voluntaria ex art. 161.bis.2.ALGSS.

2.- Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.

**TERCERO.** 1.- La recurrente, bajo correcto amparo procesal, denuncia infracción de diversas normas; en concreto, del artículo 207. 1. d) LGSS, LGSS; Ley de Cooperativas; así como diversas sentencias de esta Sala.

El LGSS, bajo el título “Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador”, dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, “Que el cese en

el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.<sup>a</sup> El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.<sup>a</sup> El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.<sup>a</sup> La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal...”.

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del artículo 64 LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

2.- Ahora bien lo que la entidad demanda considera y, con ella, la sentencia recurrida, es que en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado lo que no concurre es el requisito general de que el contrato se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador que solicita el desempleo anticipado puesto que el socio cooperativista no tiene la condición de trabajador a efectos de la jubilación anticipada prevista legalmente puesto que, propiamente, no serían trabajadores por cuenta ajena y, en todo caso, su adscripción al régimen general obedece a la opción contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LGSS que les declara como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

3.- Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio; al contrario, entendemos que, una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

4.- Hay que destacar, también, que la misma solución se adoptó en nuestra STS de 10 de diciembre de 2018 rcud. 3407/2016, en la que decimos “Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de *numerus clausus* de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la L G S, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones”.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto nos conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, declarando el derecho del demandante a la prestación solicitada en la cuantía legal. Sin que, por imperativo legal, haya lugar a la imposición de costas.»



**\* STS núm. 181/2020, de 12 de febrero 2020 (Cont.-Admvo) (RJ 2020/386)**

Ponente: Eduardo Calvo Rojas

**Resumen:** *Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar al Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103.2. de la Directiva 2014/59. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos.*

**Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- El objeto del presente recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 4535/2017 lo interpone la representación de Banco Cooperativo Español, S.A. contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 119/2016.

(...) la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional ahora recurrida en casación vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Banco Cooperativo Español, S.A. contra la resolución de 21 de enero de 2016 de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante FROB) que desestimó el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra la resolución de 26 de noviembre de 2015 por la que se fijó la contribución del Banco Cooperativo Español al Fondo de Resolución Nacional, correspondiente al ejercicio 2015, en la cantidad de 8.610.811,63€.

En los antecedentes segundo y tercero hemos visto las cuestiones debatidas en el proceso de instancia, incluida la relativa a la procedencia del planteamiento de cuestión prejudicial, así como las razones dadas por la Sala de la Audiencia Nacional para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo sin necesidad de plantear cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición del recurso de casación (...) donde (...) se atribuye interés casacional a la cuestión de “(...) si existen dudas razonables para plantear una cuestión

*prejudicial de interpretación o, en su caso, de validez respecto al sistema de cálculo de las contribuciones ex ante al fondo de resolución previsto en el del Reglamento Delegado de la Comisión 2015/63 (LCEur 2015, 52) en relación con la previsión contenida en el de la Directiva 2014/59 (LCEur 2014, 1069) y el resto de la normativa comunitaria aplicable”.*

(...)

TERCERO.- Sobre la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 239) (asunto C-414/1, Iccrea Banca).

Según explica la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca, apartado 25), el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, Italia) planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“A efectos del cálculo de las contribuciones contempladas en el artículo 103, apartado 2, de la Directiva [2014/59], ¿se opone el artículo 5, apartado 1, en particular las letras a) y f), del Reglamento Delegado [2015/63], interpretado a la luz de los principios resultantes de esta misma fuente normativa, de la Directiva [2014/59], del Reglamento [n.º 806/2014] y del del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y conforme a los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad consagrados en el de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la prohibición de doble imposición, a la aplicación del régimen establecido para el pasivo intragrupo a los supuestos en que exista un grupo de hecho” o en que una entidad esté interconectada con otros bancos de un mismo sistema? y, por otra parte, a la luz de esos mismos principios, ¿es aplicable por analogía el trato de favor que el referido artículo 5 dispensa a los pasivos promocionales a los pasivos que un banco denominado de “segundo nivel” tiene frente a los demás bancos del sistema (bancos de crédito cooperativo), o debe conducir esta última característica de una entidad, que en concreto opera como entidad central de una estructura interconectada e integrada por entidades bancarias pequeñas, también en sus relaciones con el BCE y con el mercado financiero, con arreglo a la normativa vigente, a la aplicación de correcciones en la estimación de los datos financieros presentados por la autoridad nacional de resolución a los organismos de la Unión y en la determinación de las contribuciones adeudadas por esa entidad al Fondo de Resolución en consideración a sus pasivos efectivos y a su concreto perfil de riesgo?”

Planteada la cuestión prejudicial en esos términos, el Tribunal de Justicia dedica los apartados 26 a 75 de la fundamentación de su sentencia a examinar la admisibilidad de la cuestión prejudicial, llegando a la conclusión de que “(...) la cuestión prejudicial es admisible en la medida en que se refiere al cálculo de las contribuciones

ordinarias, extraordinarias y adicionales al Fondo Nacional de Resolución italiano (apartado 75).

A partir de ahí, el examen de la cuestión prejudicial es abordado por el Tribunal de Justicia en los apartados 76 a 96 de la sentencia, cuyo contenido es el que sigue:

“[...] 76 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el, de la Directiva 2014/59 y el, del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos derivados de las operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2.

77 El artículo 102, apartado 1, de la Directiva 2014/59 dispone que los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 31 de diciembre de 2024, los recursos financieros de los mecanismos de financiación alcancen al menos un 1 % del importe de los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en su territorio.

78 Del artículo 103, apartados 1 y 2, de dicha Directiva se desprende que, con el fin de alcanzar este nivel fijado como objetivo, un Estado miembro debe velar por que se recaude de las entidades autorizadas de su territorio una contribución correspondiente a la proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios) menos los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en ese territorio.

79 El artículo 103, apartado 2, párrafo segundo, de la referida Directiva precisa que estas contribuciones se adaptan proporcionalmente al perfil de riesgo de las entidades.

80 La Comisión puede especificar, de conformidad con el artículo 103, apartado 7, de la misma Directiva, el concepto de ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo de las entidades mediante actos delegados, teniendo en cuenta una serie de aspectos que se enumeran en dicha disposición.

81 La Comisión ha hecho uso de esta autorización mediante la adopción del del Reglamento Delegado 2015/63, que, bajo el título “Ajuste de la contribución anual de base en función del riesgo”, establece la exclusión de determinados pasivos del cálculo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59.

82 En primer lugar, el artículo 5, apartado 1, letra a), de este Reglamento Delegado dispone que tal exclusión debe aplicarse a los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan determinados requisitos adicionales.

83 Del propio tenor de esta disposición resulta que solo puede aplicarse a las operaciones realizadas entre dos entidades pertenecientes a un mismo grupo.

84 Si bien el Reglamento Delegado 2015/63 no define directamente el concepto de “grupo”, su artículo 3 especifica que, a efectos de dicho Reglamento Delegado, se aplican las definiciones que se recogen en la Directiva 2014/59.

85 El concepto de “grupo” se define en el artículo 2, apartado 1, punto 26, de la referida Directiva en el sentido de que alude a “una empresa matriz y sus filiales”. A su vez, estos dos últimos conceptos se definen en el artículo 2, apartado 1, puntos 5 y 6, de dicha Directiva, mediante remisión al del Reglamento n.º 575/2013, el cual por su parte se remite a los y de la Directiva 83/349, que se corresponden esencialmente con el a, de la Directiva 2013/34.

86 De estas definiciones se deriva que la relación matriz-filial supone una forma de control que implica que la empresa matriz tenga la mayoría de los derechos de voto dentro de la filial, el derecho de nombrar o revocar a determinados directivos de la filial, o, incluso, una influencia dominante sobre dicha filial.

87 En estas circunstancias, esta relación no puede considerarse acreditada por la existencia de relaciones económicas que reflejen una asociación entre varias entidades sin que una de ellas controle a los demás miembros del grupo que conforma con tales entidades.

88 Por consiguiente, no cabe considerar que relaciones entre entidades como las mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente, que vinculan a un banco de segundo nivel con sus socios y que consisten en la prestación de diversos servicios por parte de dicho banco de segundo nivel, permitan acreditar la existencia de un grupo en el que pueda haber “pasivos intragrupo” en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63.

89 En segundo lugar, el artículo 5, apartado 1, letra f), del citado Reglamento Delegado se refiere a determinados pasivos “en el caso de las entidades que concedan préstamos promocionales”.

90 El concepto de “préstamo promocional” se define en el artículo 3, punto 28, de dicho Reglamento Delegado en el sentido de que comprende los préstamos concedidos por un banco de fomento o a través de un banco intermediario en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro, a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro.

91 Dado que estos criterios se refieren tanto a condiciones de funcionamiento específicas como a la consecución de determinados objetivos predeterminados, el mero hecho de que las cooperativas de crédito formen parte de un grupo como el que es objeto del asunto principal no permite acreditar que el banco de segundo nivel perteneciente a dicho grupo pueda ser considerado una entidad que gestiona préstamos

promocionales, lo que basta para descartar que una parte de su pasivo pueda cumplir los requisitos establecidos en el artículo 5, apartado 1, letra f), del Reglamento Delegado 2015/63.

92 En tercer lugar, si bien el órgano jurisdiccional remitente considera la posibilidad de que el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), de dicho Reglamento Delegado deba interpretarse en el sentido de que es aplicable a situaciones similares a las contempladas en él, aun cuando no cumplan todos los requisitos establecidos en tales disposiciones, es preciso hacer constar que tal interpretación es incompatible con el texto de las referidas disposiciones.

93 En efecto, el artículo 5, apartado 1, del citado Reglamento Delegado no confiere a las autoridades competentes una facultad discrecional para excluir determinados pasivos en concepto de adaptación en función del riesgo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59, sino que, por el contrario, enumera con precisión las condiciones en las que un pasivo está sujeto a tal exclusión.

94 El hecho de que esta interpretación del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63 pueda dar lugar a un doble cómputo de determinados pasivos no permite justificar una conclusión diferente, ya que, como se indica en el considerando 9 de dicho Reglamento Delegado, la Comisión no pretendía eliminar completamente toda forma de doble cómputo de los pasivos y solo ha excluido tal práctica en la medida en que existan garantías suficientes de que las exposiciones de financiación intragrupo quedarán cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo.

95 Del mismo modo, la toma en consideración de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad, mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, no permite justificar otro resultado, toda vez que el Reglamento Delegado 2015/63 ha establecido una distinción entre situaciones que presentan notables particularidades, directamente relacionadas con los riesgos que presentan los pasivos de que se trata.

96 A la vista de todas las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el, de la Directiva 2014/59 y el, del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2”.

Y por tales razones, en la parte dispositiva de la sentencia el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

“El, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), del Reglamento Delegado (UE) 2015/63 de la Comisión, de 21 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución, deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2”.

CUARTO.- Sobre la alegada necesidad de que esta Sala plantee cuestión prejudicial.

(...) en el proceso tramitado ante la Audiencia Nacional la recurrente alegaba, en lo que ahora interesa, que a efectos de fijar su contribución ex ante al Fondo de resolución, resultaba procedente la exclusión de determinados saldos, al existir una duplicidad de los pasivos que se tienen en cuenta para determinar la contribución de las Cajas Rurales, que son los accionistas de Banco Cooperativo, sin que proceda una interpretación literalista de los supuestos de excepción establecidos en el artículo 5.1 del Reglamento Delegado, por tener que acomodarse éste al mandato contenido en la Directiva 2015(sic)/59/UE y el Reglamento 806/2014, en los que se recoge la necesidad de calcular la contribución atendiendo al perfil de riesgo de la entidad y al principio de proporcionalidad evitando la duplicidad en el cómputo de los pasivos. Alegaba por ello la recurrente que se había vulnerado el de la Directiva 2014/59 y que, en consecuencia, debía declararse la nulidad del acto recurrido; y que si la Sala de la Audiencia Nacional consideraba que no era posible la interpretación flexible del artículo 5.1 del Reglamento Delegado, procedería plantear la correspondiente cuestión prejudicial sobre la validez del citado Reglamento, porque los supuestos de

exclusión previstos en él no respetarían la finalidad propia de la Directiva 2014/59, que no es otra que el cumplimiento de los principios de perfil de riesgo y proporcionalidad.

Ya en casación, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición (...) la parte recurrente abunda en la idea de que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial; pero poniendo ahora el acento no tanto en la interpretación del artículo 5.1 del Reglamento Delegado sino en la (in) validez de dicho precepto.

Así, en el escrito de preparación del recurso (...) se aduce que el del Reglamento Delegado 2015/63 incurre en una vulneración del de la Directiva 2014/59 en la medida en que la Comisión no ha atendido al mandato del legislador europeo, según el cual el sistema de cálculo de las contribuciones ex ante debe ajustarse al perfil de riesgo de cada entidad, no solamente para los grupos consolidables y de los SIP. Y estas dudas le llevan a solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez (que no de interpretación) dado que <<la limitación contenida en el artículo 5.1 del Reglamento Delegado supone introducir una regla en contra del principio de “perfil de riesgo” para entidades que no sean un grupo consolidable ni un SIP>>. A juicio de Banco Cooperativo Español, no existía excusa para que la Comisión no introdujera una cláusula de flexibilidad en el del Reglamento Delegado 2015/63 que permitiera al FROB la toma en consideración de estructuras específicas que se produzcan dobles cálculos de pasivos.

El planteamiento se reitera y se concreta en el escrito de interposición del recurso de casación (...), donde la parte recurrente especifica que la cuestión prejudicial podría ser planteada en los siguientes términos: " ¿Es compatible con el de la Directiva 2014/59/UE, así como con el artículo 16 de la Carta, el del Reglamento Delegado de la Comisión 2015/63, en la medida en que éste no prevé, para una red de cooperativas de crédito rural, ningún mecanismo que permita moderar la valoración del riesgo que se aporta al sistema, cuando la operativa de la red opera mediante dos operaciones que reflejan un mismo pasivo y no aportan un doble riesgo al sistema?".

Una vez recaída la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), se dio traslado de ella a las partes para que pudiesen alegar sobre la incidencia que dicho pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pudiera tener en la resolución del presente recurso. Y en dicho trámite de alegaciones la representación procesal de Banco Cooperativo Español, S.A. vuelve a insistir en la procedencia de que por esta Sala se plantee la cuestión prejudicial toda vez que -según aduce la recurrente- entre el asunto Iccrea Banca y el caso que aquí examinamos existen diferencias; y, en todo caso, la sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-414/18 aborda únicamente la interpretación del Derecho de la Unión Europea pero no se pronuncia sobre la validez del del Reglamento Delegado (UE) 2015/63,

de 21 de octubre de 2014, por lo que resulta procedente que esta Sala plantee cuestión prejudicial sobre la validez del citado precepto.

Pues bien, el planteamiento de la parte recurrente no puede ser asumido.

Es cierto que la sentencia dictada en el asunto Iccrea Banca no contiene un pronunciamiento directo y explícito sobre la validez del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63; pero es indudable que lo alberga de manera implícita.

Así, a lo largo de su fundamentación jurídica (apartados 76 a 96), la STJUE hace una interpretación concordada del citado precepto del Reglamento Delegado con lo dispuesto en el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59; y lejos de apreciar un exceso de rigidez en la manera en que el Reglamento Delegado traslada las previsiones de la Directiva, o de señalar cualquier discordancia o fricción entre los preceptos citados, el Tribunal de Justicia da respuesta a la cuestión prejudicial mediante una interpretación conjunta que pone de manifiesto que no aprecia falta alguna de sincronía entre artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63 y el, de la Directiva 2014/59. En consecuencia, el presente recurso de casación debe ser resuelto de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), sin que proceda la formulación de una nueva cuestión prejudicial en la que se plantee de manera explícita la validez del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Delegado 2015/63.

QUINTO.- Sobre la controversia de fondo. Resolución del recurso de casación.

(...) la recurrente argumenta que si bien Banco Cooperativo Español, S.A no es un grupo consolidable ni un SIP, es la cabecera de un grupo de cooperativas de crédito rural integradas mediante un acuerdo, reconocido por el Banco de España, que establece estructuras de solidaridad, cooperación y coordinación de actuaciones entre las Cajas participantes. Añade la recurrente que las Cajas participantes son las accionistas de Banco Cooperativo Español, cuya función principal es actuar como central de las Cajas a efectos de intermediar en el acceso a la financiación del Banco Central Europeo, actuar como entidad gestora para las emisiones avaladas por el Estado, intermediar en la operativa con préstamos de financiación con el Instituto de Crédito Oficial y en el mercado de repos, y que estas actuaciones de Banco Cooperativo Español se realizan en nombre de las Cajas accionistas.

Así las cosas -continúa la argumentación de la recurrente-, las operaciones que el Banco Cooperativo Español realiza con terceros, principalmente con el Banco Central Europeo, en beneficio de las Cajas, se articulan a través de dos transacciones: una, entre el Banco Central Europeo y Banco Cooperativo Español, y otra, entre Banco Cooperativo Español y la Caja asociada correspondiente. Se trata de un único pasivo, pues la financiación obtenida del Banco Central Europeo no va dirigida a Ban-



co Cooperativo Español sino a la Caja correspondiente. Sin embargo, al existir dos transacciones, se crean artificialmente dos pasivos, cuando en la realidad económica únicamente existe un pasivo frente al Banco Central Europeo. Este doble cómputo de los pasivos es el que evitan los grupos consolidables y los SIP en virtud de lo dispuesto en el del Reglamento Delegado 2015/63. Sin embargo, en la medida en que Banco Cooperativo Español no es ni un grupo consolidable ni un SIP, a menos que se aplique rectamente el de la Directiva 2014/59, se ve obligado a computar dos veces un único pasivo, aumentando así de forma desproporcionada su perfil de riesgo y, en consecuencia, su contribución ex ante al Fondo.

Ello determina, a juicio de la recurrente, que el artículo 5.1 del Reglamento Delegado 2015/63 incurre en una vulneración del artículo 103.7 de la Directiva 2014/59, en la medida en que la Comisión no ha atendido al mandato del legislador europeo, según el cual el sistema de cálculo de las contribuciones ex ante debe ajustarse al perfil de riesgo de cada entidad, no solamente para los grupos consolidables y de los SIP. Argumenta también que, de aceptarse esta contribución, se vería abocado a cambiar radicalmente su estructura organizativa, en términos incompatibles con la política de las Cajas accionistas y a la desaparición del modelo de negocio representado por dicha entidad. Y, en fin, según la representación de Banco Cooperativo Español, S.A no existía excusa para que la Comisión no introdujera una cláusula de flexibilidad en el del Reglamento Delegado 2015/63 que permitiera al FROB la toma en consideración de estructuras específicas que se produzcan dobles cómputos de pasivos.

Pues bien, la Sala no comparte este planteamiento que acabamos de reseñar.

Con independencia de las diferencias organizativas y de mecánica de funcionamiento que según la recurrente existen entre el Banco Cooperativo Español, S.A y la entidad italiana Iccrea Banca, es indudable que la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18) contiene unas declaraciones o pronunciamientos que tienen plena virtualidad para la resolución del presente recurso, pues aquéllas son formulaciones de alcance general, que no vienen circunscritas a entidades que tengan una determinada estructura organizativa o de gestión.

Así, el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 103, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2014/59 precisa que estas contribuciones se adaptan proporcionalmente al perfil de riesgo de las entidades (apartado 79 de la sentencia); que, de conformidad con el artículo 103, apartado 7 de la misma Directiva, la Comisión puede especificar el concepto de ajuste de las contribuciones en función del perfil de riesgo de las entidades mediante actos delegados, teniendo en cuenta una serie de aspectos que se enumeran en dicha disposición (apartado 80); y recuerda la sentencia, en fin, que la Comisión ha hecho uso de esta autorización mediante la adopción del artículo 5 del Reglamento Delegado 2015/63, que establece la exclusión de deter-

minados pasivos del cálculo de las contribuciones a que se refiere el artículo 103, apartado 2, de la Directiva 2014/59.

En lo que se refiere a las operaciones “intragrupo”, el artículo 5.1.a) de este Reglamento Delegado dispone que tal exclusión debe aplicarse a los pasivos intragrupo que se deriven de operaciones realizadas por una entidad con otra que forme parte del mismo grupo, siempre que se cumplan determinados requisitos adicionales, lo que significa que esta disposición solo puede aplicarse a las operaciones realizadas entre dos entidades pertenecientes a un mismo grupo, debiendo estarse a estos efectos al concepto de “grupo” que se define en el, de la Directiva 2014/59, que alude a “una empresa matriz y sus filiales”, conceptos estos últimos -matriz y filiales- que se delimitan en el, de la propia Directiva 2014/59, mediante remisión al del Reglamento n.º 575/2013, el cual por su parte se remite a los y de la Directiva 83/349, que se corresponden esencialmente con el a, de la Directiva 2013/34 (apartados 82, 83, 84 y 85 de la sentencia).

De estas definiciones se deriva -explica el Tribunal de Justicia en los apartados 86 y 87 de la sentencia- que la relación matriz-filial supone una forma de control que implica que la empresa matriz tenga la mayoría de los derechos de voto dentro de la filial, el derecho de nombrar o revocar a determinados directivos de la filial, o, incluso, una influencia dominante sobre dicha filial. Por lo que esta relación matriz-filial no puede considerarse acreditada por la existencia de relaciones económicas que reflejen una asociación entre varias entidades sin que una de ellas controle a los demás miembros del grupo que conforma con tales entidades.

En definitiva -concluye el apartado 88 de la sentencia-, no cabe considerar que relaciones entre entidades que vinculan a un banco de segundo nivel con sus socios y que consisten en la prestación de diversos servicios por parte de dicho banco de segundo nivel, permitan acreditar la existencia de un grupo en el que pueda haber “pasivos intragrupo” en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63.

Establecido lo anterior, la STJUE (apartado 95) rechaza la posibilidad de interpretar que el artículo 5, apartado 1, letras a) y f) de dicho Reglamento Delegado resulte aplicable a situaciones similares a las contempladas en él aun cuando no cumplan todos los requisitos establecidos en tales disposiciones, “pues tal interpretación es incompatible con el texto de las referidas disposiciones “. Y ello, explica la sentencia (apartado 93), porque el artículo 5, apartado 1, del citado Reglamento Delegado no confiere a las autoridades competentes una facultad discrecional para excluir determinados pasivos en concepto de adaptación en función del riesgo de las contribuciones a que se refiere el, de la Directiva 2014/59, sino que, por el contrario, enumera con precisión las condiciones en las que un pasivo está sujeto a tal exclusión.

El Tribunal de Justicia es plenamente consciente de que ese modo de entender el artículo 5, apartado 1, letra a), del Reglamento Delegado 2015/63 puede dar lugar a un doble cómputo de determinados pasivos; pero afirma de manera clara que esa eventual consecuencia “(...) no permite justificar una conclusión diferente, ya que, como se indica en el considerando 9 de dicho Reglamento Delegado, la Comisión no pretendía eliminar completamente toda forma de doble cómputo de los pasivos y solo ha excluido tal práctica en la medida en que existan garantías suficientes de que las exposiciones de financiación intragrupo quedarán cubiertas cuando se deteriore la situación financiera del grupo” (apartado 94 de la sentencia). Y también descarta que pueda conducir a otra conclusión la invocación de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de proporcionalidad, pues señala el Tribunal de Justicia que “(...) el Reglamento Delegado 2015/63 ha establecido una distinción entre situaciones que presentan notables particularidades, directamente relacionadas con los riesgos que presentan los pasivos de que se trata” (apartado 95 de la sentencia).

Por todo ello, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que “(...) el, de la Directiva 2014/59 y el artículo 5, apartado 1, letras a) y f), del Reglamento Delegado 2015/63 deben interpretarse en el sentido de que los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, [...] no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo nacional de resolución contempladas en el referido artículo 103, apartado 2” (apartado 96 de la sentencia) .

Poco más podemos añadir pues las consideraciones que acabamos de reseñar, tomadas de la STJUE de 3 de diciembre de 2019 (asunto C-414/18, Iccrea Banca), son enteramente trasladables al caso que nos ocupa y vienen a dar cumplida respuesta, en sentido desestimatorio, a los argumentos impugnatorios esgrimidos por la representación de la entidad aquí recurrente, Banco Cooperativo Español, S.A., siendo por todo ello procedente que declaremos no haber lugar al recurso de casación.»

**\* STS núm. 269/2020, de 25 de febrero 2020 (Contencioso-Administrativo) (RJ 2020/602)**

Ponente: Diego Córdoba Castroverde

**Resumen:** *Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de*

*producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables. Vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Derecho.*

### **Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- La Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital y solicita la nulidad de pleno derecho de la misma.

El objeto de la orden impugnada es establecer el procedimiento y reglas de la nueva subasta pública para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

En lo que referente a las reglas de participación de la subasta, la Orden hacía suyas y traía a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se establecen el procedimiento y las reglas de la subasta para la asignación del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, convocada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 359/2017, de 31 de marzo.

La Resolución de 10 de abril de 2017 exigía a los participantes de la subasta la constitución y presentación de una garantía (apartado 14) que debía constituirse de acuerdo a lo previsto en el apartado 5 del Apéndice III. El apartado 5.3, relativo a la formalización de las garantías, establecía que los participantes de la subasta deberían garantizar financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, Aval de carácter solidario, por el certificado de Seguro de Caución solidario.

Y por lo que respecta al aval solidario establece que debe ser “prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada”.

(...)

TERCERO.- Sobre la falta de legitimación activa.

La entidad recurrente impugna esta previsión por entender que en su condición de “Sociedad Cooperativa de Crédito” queda excluida de la posibilidad de avalar a los participantes en la subasta, ya que tan solo se permite que el aval se preste por Bancos o Cajas de Ahorros y no por las restantes entidades de crédito. Esta exclusión

le genera un perjuicio al excluir su participación el procedimiento de asignación del régimen retributivo, impidiendo que pueda avalar a sus clientes y estos tengan que acudir a otra entidad bancaria. Argumenta que la anulación de la norma impugnada le reportaría un efecto positivo que se traduce en el respeto a su libertad de empresa y su participación competitiva en el mercado eléctrico en términos de igualdad. Una norma que no recogiese dicha limitación le habría permitido prestar avales a sus clientes y que estos pudieran solicitárselos, cosa que no ha sido posible. Y finalmente aduce que para que exista un interés legítimo el daño o la ventaja no tiene que revestir necesariamente carácter patrimonial.

Por el contrario, los demandados sostienen su falta de legitimación por entender que la recurrente no acredita tener un interés legítimo al no haber justificado en qué medida la Orden recurrida le supone un perjuicio, daño o frustración económica. Los destinatarios de la Ordenanza no son las entidades avalistas sino los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada y ninguno de los licitadores de la subasta ha entendido que se produjese un perjuicio antijurídico por el hecho de que la Administración haya acotado las entidades que pueden ser avalistas en el procedimiento. Y tampoco ha resultado acreditado que ningún licitador haya sido excluido o perjudicado por esta previsión, sin que la imposibilidad teórica de presentar un aval de dicha cooperativa de crédito legitime a la recurrente para impugnar el proceso selectivo. Por ello, entienden que la Caja Rural no ha especificado que efectos positivos o negativos se derivarían de la anulación de la Orden recurrida más allá de una potencial expectativa teórica de haber podido participar como avalista de los licitadores de la subasta.

(...)

Es cierto que la Orden no trata de regular la actividad de las entidades de crédito y que el principal destinatario de la misma son los operadores interesados en participar en la subasta de potencia instalada, pero ello no excluye que la Orden pueda afectar a la entidad recurrente que, en su condición de entidad de crédito, se ve excluida de poder avalar a quienes deseen participar en la subasta convocada. Esta exclusión limita su actividad comercial e impide prestar un servicio que puede ser requerido por sus clientes, de modo que una eventual sentencia estimatoria, que le reconociese el derecho a poder avalar en las mismas condiciones que los Bancos y Cajas de Ahorro en las subastas que se convoquen, le genera un beneficio real y no meramente hipotético.

Por otra parte, para acreditar la existencia de un perjuicio, no es preciso aportar el testimonio de un cliente que, por estar avalado por la Caja Rural, fuese excluido de la subasta, ni siquiera la existencia de un participante que hubiese preferido ser avalado por dicha entidad y que tuvo que acudir a otra diferente. El perjuicio real para dicha entidad, que no necesariamente ha tenido que traducirse en una pérdida patrimonial

demostrable, se produce desde el momento en que las bases de la subasta le impiden poder avalar a los partícipes, pues estos, conocedores de esta circunstancia, acudirán a otros Bancos o Cajas de Ahorro, evitando así el riesgo de poder ser excluidos del proceso. De hecho, la inicial imposibilidad de ofrecer este servicio al público en general la sitúa en una posición de inicial desventaja respecto de otras entidades de crédito que puedan prestarlo.

Por todo ello, procede rechazar la falta de legitimación activa opuesta por las partes demandadas.

CUARTO.- Sobre la exclusión de la Caja Rural como avalista en las subastas para la asignación del régimen retributivo específico para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables.

La recurrente es una entidad de crédito, constituida en la modalidad de Cooperativa de Crédito, tal como figura en el Registro Oficial de Entidades del Banco de España, regulada y sometida, al igual que el resto de entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro y el Instituto de Crédito Oficial), a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su normativa de desarrollo, fundamentalmente el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Es un hecho no controvertido que las cooperativas de crédito están autorizadas para avalar.

El fondo de la controversia se centra en la imposibilidad de que las entidades de crédito, distintas de los bancos y cajas de ahorro, puedan avalar a los participantes en la subasta convocada por la Orden impugnada.

Ya hemos destacado que la Orden impugnada hacía suyas e incorporaba a este nuevo procedimiento selectivo las reglas recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía. Una de estas reglas establecía que los participantes de la subasta deberían prestar garantías financieras suficientes, irrevocables y ejecutables a primera demanda, mediante alguno de los siguientes instrumentos: Depósito en efectivo, aval de carácter solidario, o certificado de seguro de caución solidario. Más específicamente, y por lo que respecta al aval solidario, se establecía que debía ser “prestado por Banco o Caja de Ahorros residente en España o sucursal en España de entidad no residente, que no pertenezca al grupo de la avalada o afianzada”. Y en el caso de que las garantías se formalicen mediante aval bancario o seguro de caución, se exigía la entidad avalista o aseguradora del participante deberá alcanzar una calificación crediticia (rating) mínima de “Investment Grade” otorgada por al menos una de las entidades siguientes; S&P, Moody’s o Fitch. El rating mínimo exigible será BBB- si es otorgado por S&P o Fitch, y Baa3 si lo es por Moody’s.

La entidad recurrente considera que la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades autorizadas para avalar a los partícipes de esta subasta vulnera el

principio de igualdad, la normativa de Unidad de mercado, y el principio de jerarquía normativa.

Comenzando por esta última, la recurrente sostiene que la Orden, en el extremo que nos ocupa, resulta contraria al Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos. En dicha norma se regulan, de forma general, las modalidades de garantías y depósitos que han de presentarse ante dicho órgano, constituyéndose como un marco general de referencia en la regulación de la gestión y de los requisitos de las garantías que hayan de otorgarse a favor de la Administración del Estado y otras Administraciones públicas.

Las previsiones contenidas en dicha norma constituyen el punto de referencia para el resto de las normas en las que se prevea la necesidad de garantizar alguna de las obligaciones que se establezcan. Es en este contexto en el que el artículo 3, al establecer las modalidades de garantías que deben constituirse en la Caja enumera, entre otras, “los avales prestados por las entidades de crédito” y el artículo 15, relativo a las características del aval, afirma que “Sólo se admitirán garantías en la modalidad de aval cuando el avalista sea una entidad de crédito o una sociedad de garantía recíproca”, regulándose, a continuación, las características del aval y las circunstancias excluyentes que impiden tener la condición de avalista (art. 16), tales como: no encontrarse en situación de mora como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales, hallarse en situación de suspensión de pagos, con la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad suspendida o revocada, no superar el límite de los importes avalados.

Desde una vertiente positiva, el art. 15 establece la regla general de que puedan actuar como avalista a favor de la Administración del Estado las entidades que tenga la consideración de “entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca” y no incurran en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. Y desde una vertiente negativa, dicho precepto excluye que puedan hacerlo los que no tengan la consideración de entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.

Conviene precisar que en este precepto no se contiene un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas por el que se les imponga incondicionalmente la obligación de admitir como avalistas a todas las entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca en cualquier proceso público, ni puede deducirse que la exclusión de algunas de dichas entidades resultaría contrario a esta precepto o que una norma de rango inferior que limitase la participación a algunas entidades vulneraría el principio de jerarquía normativa.

En definitiva, el hecho de que la Orden impugnada disponga que el aval podrá ser otorgado por “Bancos o Cajas de Ahorro”, sin mencionar a otras entidades de crédito (como es el caso de las cooperativas de crédito), no determina por sí mismo una vio-

lación del principio de jerarquía normativa, pues al establecer que los avales de este proceso pueden ser prestados por un tipo de entidades (Bancos y Cajas de Ahorros), que ostentan la condición de entidades de crédito, no entra en contradicción con la previsión contenida en el del Real Decreto 161/1997, sino que, por el contrario, se ajusta a lo previsto en dicha norma.

Cuestión distinta, que enlaza con las restantes infracciones denunciadas, es si la exclusión de esta subasta de las cooperativas de crédito, en cuanto entidades habilitadas para avalar, es contraria al principio de igualdad.

A tal efecto, debe partirse de que no toda desigualdad de trato supone una discriminación ni vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello.

Es cierto que los bancos y cajas de ahorros y las cooperativas de crédito no son entidades idénticas, pero, desde la perspectiva que nos ocupa, se encuentran en una situación jurídicamente asimilable, ya que, a tenor de lo previsto en los y del Real Decreto 161/1997, todas ellas, en cuanto entidades de crédito, puedan actuar como avalistas, y prestar esta modalidad de garantía, cuando así sea exigida en las actuaciones o procesos públicos ante la Administración del Estado.

Por ello, la exclusión de las cooperativas de crédito como posible avalista de los participantes de la subasta implica una diferencia de trato respecto de los bancos y cajas de ahorro, que se encuentran en la misma posición.

También es cierto que todas las entidades de crédito no poseen un derecho absoluto a participar como avalista en todos y cada uno de los procedimientos que emprenda cualquier poder público, ya que la Administración podrá establecer condiciones y requisitos en atención a las características del proceso, la finalidad que persigue y la garantía que considere necesaria. Por ello, en cada proceso, al tiempo de modular las características de la garantía y de la entidad que puede actuar como avalista, puede establecer exigencias de carácter objetivo que impidan o limiten la intervención de aquellas entidades de crédito que no cumplan con esas condiciones.

Ahora bien, estos límites o condiciones deben estar justificados por razones objetivas. Sin embargo, la Administración no motiva las razones que le llevan a establecer esta exclusión, ni en la Orden impugnada ni en la resolución de 10 de abril de 2017 a la que se remite, por lo que no queda acreditado una justificación objetiva y razonable que avale la diferencia de trato dispensada a la entidad recurrente respecto de los Bancos y Cajas de Ahorros.

La Administración no goza de una absoluta discrecionalidad que le permita decidir las entidades de crédito que podrán participar o no como avalistas en los procesos



públicos iniciados a instancia de la Administración del Estado, pues, en principio, tal y como se establece en el del Real Decreto 161/1997, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, lo serán “las entidades de crédito o una sociedad de garantía recíproca”. Podrá establecer límites o condiciones, pero estos deben responder a una justificación objetiva y razonable, que, además, sea proporcionada con la finalidad que se persigue.

De hecho, en el proceso que nos ocupa se establece como condición que bancos o cajas de ahorros alcancen la calificación crediticia (el rating) mínima otorgada por las agencias de calificación que se mencionan. Y esta condición, tomando en consideración que se trata de una aval solidario, que es irrevocable y ejecutable a primera demanda, se aprecia como una limitación objetiva y razonable exigida por razones de solvencia mínima de la entidad para poder actuar como avalista de los intervinientes en la subasta, pero que podrán cumplir no solo los bancos y cajas de ahorro sino también otras entidades de crédito como las sociedades cooperativas.

Por todo ello, se considera que la exclusión de las cooperativas de crédito, como la recurrente, como entidades capaces de actuar como avalistas en el proceso convocado por la Orden impugnada incurre en un trato desigual carente de justificación objetiva y razonable.

QUINTO.- Sobre el alcance de nuestro pronunciamiento.

La previsión a la que nos venimos refiriendo es, por tanto, contraria a derecho, no por permitir que los bancos y cajas de ahorro puedan actuar como avalistas en esta subasta, sino por excluir, sin justificación objetiva, a otras entidades de crédito, como la recurrente, que cumpliesen con los requisitos de solvencia establecidos en la convocatoria.

Ello, no obstante, el alcance de la vulneración apreciada no permite declarar la nulidad de la Orden impugnada ni siquiera la de la convocatoria y la subasta, ya celebrada, en la que se adjudicó unas cuotas de potencia en favor de 40 operadores de sector para la producción de energía. La falta de intervención de la entidad recurrente no conlleva que los avales emitidos por bancos o Cajas de Ahorros deban ser invalidados, ni su ausencia ha condicionado la validez del proceso celebrado ni los criterios de puntuación y asignación de potencia instalada, nada habría cambiado en virtud de quienes hubiesen sido sus avalistas.

El perjuicio invocado por la entidad recurrente, centrado en la imposibilidad de avalar, no se remedia acordando la nulidad de la Orden impugnada sino posibilitando que puedan hacerlo en futuras subastas y, eventualmente pueda reclamar los daños y perjuicios derivados de la exclusión, cuestión ajena a este procedimiento.»

**\* STS núm. 126/2020, de 26 de febrero 2020 (Civil) (RJ 2020/593)**

Ponente: Juan María Díaz Fraile

**Resumen:** *Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan.*

**Fundamentos de derecho**

«PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- D. Constantino formó parte como socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado Cogalso Ferrolterra, siendo partícipe de la misma hasta causar baja por el reconocimiento de una Incapacidad Laboral Permanente en el año 2014.

2.- El Sr. Constantino interpuso una demanda contra la cooperativa Cogalso Ferrolterra interesando un pronunciamiento de condena al pago a la actora de la cantidad de 19.133,17 euros, cantidad que se desglosa en dos partidas: 398,17 euros en concepto de reembolso de aportaciones al capital, y 18.735 euros en concepto de “retorno cooperativo” imputable al ejercicio del año 2009; más los intereses devenidos según el art. 64.4, párrafo segundo, de la Ley de Cooperativas de Galicia, así como los de la LEC a partir de la sentencia.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Las razones de la desestimación fueron, en síntesis, las siguientes: (i) en cuanto al pretendido reembolso de las aportaciones al capital de la cooperativa, la suma reclamada resulta inexigible al no haber transcurrido el plazo de 5 años a partir de la fecha de la baja, plazo que fija el art. 55 de los estatutos de la cooperativa, conforme al cual “el plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja ...”; (ii) en cuanto a la segunda partida reclamada (en la cuantía de 18.735 euros), para concretar la calificación de la naturaleza de tal pretensión parte de la distinción, reflejada en los estatutos de la cooperativa, entre “anticipos laborales” y “retorno cooperativo”. A los primeros alude el art. 11 de los estatutos, que se refiere al derecho de los socios trabajadores a “percibir periódicamente en plazo no superior a un mes, anticipos laborales en cuantía similar a las retribuciones normales en la

zona y sector de actividad para los distintos puestos de trabajo categorías profesionales, sin perjuicio de lo establecido en el número 4 del art. 57 de los Estatutos”; esto es, sin perjuicio del retorno cooperativo a que alude este último artículo; (iii) la citada cantidad reclamada no tiene naturaleza jurídica de “anticipo laboral” ni es asimilable, en consecuencia, a salarios, por lo que no cabe declarar su prescripción conforme al del Estatuto de los Trabajadores, como sostiene la demandada; (iv) por tanto, corresponde a dicha cantidad la calificación jurídica de “retorno cooperativo”; (v) ahora bien, el art. 57 de los estatutos, relativa a la imputación de los resultados favorables del ejercicio, condiciona la aplicación de los excedentes al retorno cooperativo, primero, a que antes se hayan cubierto las dotaciones legalmente previstas a los fondos obligatorios y, segundo, a una previa decisión de la asamblea general de la cooperativa, órgano competente al efecto; (v) habiéndose acordado el reparto de los excedentes por el consejo rector de la cooperativa, y no por la asamblea general, el acuerdo es nulo por incompetencia del órgano que lo adoptó.

4.- Recurrída la sentencia de primera instancia por el Sr. Constantino, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación con base, resumidamente, en las siguientes razones: (i) es correcta la calificación hecha en la primera instancia de los dos cantidades reclamadas como reembolso de aportación al capital y de retorno cooperativo; (ii) tampoco hay duda de que en el presente caso estamos ante un supuesto de baja obligatoria del socio cooperativista por causa justificada al perder el actor, como socio trabajador, la capacidad para desarrollar la prestación de su trabajo, una vez declarado en situación de incapacidad permanente total; (iii) si bien la Ley de Cooperativas de Galicia permite, en su art. 64, que en caso de baja del socio el órgano de administración de la cooperativa fije un plazo de reembolso de la liquidación de hasta cinco años a partir de la fecha de expulsión o de baja no justificada, sin embargo, en caso de baja justificada dicho plazo máximo es de tres años; (iv) dicha liquidación debe comprender tanto las aportaciones obligatorias al capital social como el retorno cooperativo, dando derecho las cantidades aplazadas a percibir el interés legal del dinero desde la fecha de cierre del ejercicio en que se causó la baja; (v) en consecuencia, no es posible retener por parte de la cooperativa las cantidades referidas al no haberse fijado plazo alguno por el consejo rector para su devolución y ser el plazo máximo de retención aplicable al presente caso el citado de tres años, plazo que ya había transcurrido.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario de infracción procesal.

1.- Planteamiento.

El motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental de defensa en la vertiente probatoria al existir un error patente o arbitrariedad en la valoración reali-

zada por la sentencia recurrida que comporta una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo del LEC.

En el desarrollo del motivo se aduce que la sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de derecho cuarto, señala la imposibilidad de retener por parte de la cooperativa las cantidades reclamadas por el actor (tanto las aportaciones sociales como las cantidades objeto de retorno) por no haberse fijado plazo de devolución alguno por el consejo rector de la cooperativa. Pero la competencia que estos casos es de la asamblea general y no del consejo rector (artículo 67.4 LCG), asamblea que había adoptado un acuerdo fechado el 3 de agosto de 2013 respecto de otro socio al que se adeudaban también determinadas cantidades, acuerdo votado a favor por el actor, en el que se decidió retrasar el retorno cooperativo hasta que la situación económica de la cooperativa permitiera que se abonase a todos los cooperativistas. Este acuerdo fue obviado por la Audiencia Provincial al afirmar su inexistencia. Al omitir un medio probatorio esencial, la sentencia de la Audiencia, a juicio de la recurrente, no supera el canon de razonabilidad y genera indefensión en la demandada.

#### 2.- Decisión de la Sala. Desestimación.

El motivo debe ser desestimado. (...)

En el presente caso lo que afirma la sentencia recurrida sobre la cuestión fáctica objeto del motivo es que respecto del reembolso de las cantidades reclamadas en la demanda “no se fijó plazo de devolución alguno por el Consejo Rector (art. 55 Estatutos)” y, más adelante, “no habiéndose pronunciado el Consejo Rector respecto de la liquidación de las aportaciones del demandante [...]”; afirmaciones que son compatibles con el hecho de que conste en autos un acuerdo de la asamblea general que, a propósito de la reclamación de otro cooperativista, decide un aplazamiento de los retornos cooperativos a un momento posterior en que la situación económica de la cooperativa permitiera su liquidación y abono a todos los socios.

El acierto o desacierto de la consideración de que parte la Audiencia sobre la competencia del consejo rector para la adopción de acuerdos en la citada materia, y la valoración de las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de un acuerdo del citado órgano de administración sobre tal cuestión, son materias de carácter sustantivo que no pueden ser traídas para su revisión al cauce del recurso extraordinario de infracción procesal, por ser propias del recurso de casación.

#### TERCERO.- Recurso de casación. Planteamiento de los dos motivos.

1.- El recurso se articula a través de dos motivos. En el primero se denuncia la infracción del de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (en lo sucesivo LCG), con relación al art. 67.1 y 2 de la LCG. El segundo motivo del recurso se basa en la denuncia de la infracción de los arts. 60 y 67.4 de la LCG.

2.- En el desarrollo de los motivos se alega, en cuanto al primero, que la Audiencia confunde los conceptos de retorno cooperativo y reembolso, ignorando la distinta naturaleza jurídica que ambos tienen en la ley, de forma que la sentencia recurrida anuda a la baja del socio la consecuencia del reparto del retorno cooperativo, cuando el art. 64.4 sólo reconoce el derecho del socio que causa baja al reembolso de “sus aportaciones al capital social”.

En el desarrollo del segundo motivo se razona que la sentencia recurrida parte de la concesión automática, por la sola circunstancia de la baja obligatoria, del retorno, sin tener en cuenta la exigencia legal de un previo acuerdo de la asamblea general, órgano competente para ello, y a las condiciones de dicho acuerdo.

3.- Dada la íntima conexión que existe entre ambos motivos, que básicamente se refieren a una misma cuestión jurídica, los resolveremos de forma conjunta.

CUARTO.- Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo.

1.- La Ley de Cooperativas de Galicia, de forma similar a lo previsto en otras leyes autonómicas de cooperativas y en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (arts. 51 y 58), distingue, como conceptos claramente diferenciados, entre el reembolso de las aportaciones al capital social en caso de baja del socio, por un lado, y por otro el retorno cooperativo, como posible destino de los excedentes económicos del ejercicio.

Al primero de tales conceptos se refiere el art. 64 de la LCG, que dispone en su apartado 1:

“1. Los estatutos regularán el derecho de las personas socias al reembolso de sus aportaciones al capital social en caso de baja.

La liquidación de estas aportaciones se hará por su valor nominal según el balance de cierre del ejercicio en que se produjese la baja.

Pueden establecerse deducciones sobre todas las cantidades reembolsables por los conceptos de aportaciones obligatorias, el retorno cooperativo a que, en su caso, tengan derecho y fondos de reserva repartibles que, en su caso, pudieran corresponderles, que no serán superiores al 30% en caso de expulsión ni al 20% en caso de baja no justificada; [...]

En caso de baja justificada, no procederá deducción alguna. [...]”.

Por su parte, el apartado 4 del mismo art. 64 establece:

“4. El órgano de administración podrá aplazar el reembolso de la liquidación en el plazo que señalen los estatutos sociales, que no será superior a cinco años en caso de expulsión o baja no justificada, a tres años en caso de baja justificada y a un año

en caso de defunción, a contar desde la fecha del cierre del ejercicio en que la persona socia causó baja.

Las cantidades aplazadas darán derecho a percibir el interés legal del dinero desde la fecha de cierre del ejercicio en que la persona socia causó baja, no pudiendo ser actualizadas. [...]”.

Finalmente, el apartado 5 del mismo precepto concede al órgano de administración de la cooperativa un plazo de un mes, desde la aprobación de las cuentas del ejercicio en que se haya causado baja el socio, para comunicarle la liquidación efectuada.

2.- Por otra parte, el denominado “retorno cooperativo” se encuentra regulado en el art. 67 de la misma ley, bajo la rúbrica de “distribución de los excedentes”. En el mismo se regula un régimen de tales excedentes basado en los siguientes criterios:

a) de forma anual se destinará de los excedentes contabilizados para la determinación del resultado del ejercicio, una vez deducidas las pérdidas de ejercicios anteriores y antes de la consideración del impuesto de sociedades del ejercicio económico, un 20% mínimo al Fondo de Reserva Obligatoria; un 5% mínimo al Fondo de Formación y Promoción; y de los beneficios extracooperativos y extraordinarios, como mínimo un 50% al Fondo de Reserva Obligatoria, como regla general;

b) el resto, una vez satisfechos los impuestos exigibles, estará a disposición de la asamblea general, que podrá destinarlo: bien al retorno cooperativo a favor de los socios, bien a la dotación a fondos de reserva voluntarios de libre disposición, bien al incremento de los fondos obligatorios, o a la participación del personal trabajador asalariado en los resultados de la cooperativa;

c) el retorno cooperativo se caracteriza por dos notas: (i) ser la parte del excedente disponible que la asamblea general acuerde repartir entre los socios; (ii) el reparto se hará en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por cada socio con la cooperativa, sin que pueda determinarse en caso alguno en función de las aportaciones al capital social.

3.- De la citada regulación del régimen económico de las cooperativas, en la parte reseñada, resulta una clara diferenciación entre la naturaleza y el régimen jurídico del derecho de reembolso y del derecho de retorno.

En cuanto al primero, los socios tienen derecho a exigir el reembolso de las aportaciones obligatorias al capital social en el caso de baja o expulsión de la sociedad cooperativa; la liquidación de estas aportaciones se practicará a partir del cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso. Para practicar la liquidación en el caso de baja justificada no cabe aplicar ningún porcentaje de reducción o descuento. El plazo de reembolso será de cinco años en el caso de expulsión o baja no justificada y de tres en el caso de baja justificada (de uno sólo en

caso de defunción). Durante estos plazos las aportaciones devengarán el interés legal del dinero. El órgano competente para llevar a cabo la liquidación es el órgano de administración.

Este régimen legal tiene su base en el hecho de que los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital, como afirmó la sentencia de esta sala núm. 48/2014, de 6 de febrero.

El capital social tiene en la sociedad cooperativa una función diferente a la que tiene en la sociedad de capital. No constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, papel que corresponde a la actividad cooperativizada. De ahí que el art. 67.2 de la LCG prevea que el retorno cooperativo (beneficio empresarial que revierte al socio al modo de los dividendos en las sociedades capitalistas) se acreditará a favor de los socios en proporción a las operaciones, servicios o actividades realizadas por aquellos con la cooperativa, sin que pueda acreditarse en caso alguno en función de las aportaciones al capital social.

Este papel secundario del capital social en la estructura societaria se observa también en el hecho de que su cifra sea variable pues los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo (arts. 14 nº1.4 LCG), lo que se conjuga con el principio de “puerta abierta”, por el que el socio puede abandonar la cooperativa recuperando sus aportaciones, según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso y con determinadas deducciones, en su caso (art. 64.1), y con concesión de un plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso (art. 64.4), para evitar problemas de descapitalización.

Este principio de “puerta abierta”, como señaló la citada sentencia 48/2014, de 6 de febrero, se ha visto matizado en la normativa estatal por la modificación introducida por la de la Ley 16/2007, de 4 de julio, para adaptarla a los estándares internacionales de contabilidad (NIC 32), pero tal reforma no afecta al supuesto objeto de este recurso, regido por la ley autonómica gallega vigente cuando sucedieron los hechos.

4.- De otro lado, en cuanto a la aplicación de excedentes, después de establecerse en la norma (art. 67.1 LCG) la proporción de los beneficios obtenidos en el ejercicio que debe destinarse a dotar los fondos obligatorios, se autoriza a la asamblea general de la cooperativa para decidir el destino de los excedentes disponibles, y entre estos posibles destinos se incluye el de su aplicación al retorno cooperativo, el cual se acreditará y calculará, como se ha dicho, en proporción a las operaciones, servicios o actividades que cada socio haya realizado en la sociedad cooperativa.

En consecuencia, como acertadamente afirma la recurrente, el retorno es la parte de los excedentes netos del ejercicio económico (y en su caso los beneficios extracooperativos y extraordinarios) que la asamblea general decide distribuir entre los socios y, por tanto, se encuentra condicionado a la concurrencia de un doble requisito: la existencia de un resultado económico positivo del ejercicio, y la adopción de un acuerdo de la asamblea general (o precepto estatutario) que mute o transforme el derecho social en abstracto del socio al retorno (hasta entonces en situación de mera expectativa) en un concreto derecho de crédito, determinado, líquido y exigible, a su favor.

Por ello, si no se adopta dicho acuerdo asambleario, o hasta tanto no adopte, no existe un derecho subjetivo patrimonializado por el socio cooperativista al devengo y cobro del retorno cooperativo.

Como señala la exposición de motivos de la LCG, en cuanto a la distribución de excedentes:

“partiendo de las asignaciones mínimas legales a fondos obligatorios, [la ley] abre un importante campo de autonomía de la Asamblea General para acordar su destino con la posibilidad de incrementar los fondos obligatorios o crear fondos de reserva voluntarios, irrepartibles o no, o destinarlo al retorno cooperativo según la definición que del mismo se establece”.

5.- Diversamente, el derecho al reembolso de las aportaciones al capital se genera ex lege como consecuencia de la baja del socio. Las distintas razones a las que puede responder dicha baja condicionarán tanto la posibilidad de hacer descuentos del importe a reembolsar en la liquidación correspondiente, como el plazo en que se habrá de ejecutar o abonar dicho reembolso, actuaciones que en esta materia corresponden al órgano de administración de la cooperativa (consejo rector) y no a su asamblea general.

La actuación del consejo rector está delimitada por los citados parámetros (operaciones de liquidación, aplicación de los descuentos legales procedentes, y fijación del plazo de abono dentro de los límites legales). En los casos de bajas justificadas, como la que corresponde a los hechos de la presente litis, no cabe aplicar descuento alguno (art. 64.1, último párrafo, LCG) y el plazo máximo para realizarse el abono de la cantidad resultante de la liquidación es de tres años (art. 64.4 LCG). Este límite legal es inderogable por los estatutos de la cooperativa y por los acuerdos de su asamblea general.

QUINTO.- Decisión de la Sala sobre el recurso de casación. Desestimación parcial.

1.- Aplicando las consideraciones anteriores al caso objeto del presente recurso procede confirmar los pronunciamientos de la sentencia recurrida respecto del re-



embolso de las aportaciones al capital social del actor, y revocar dicha sentencia en cuanto a sus pronunciamientos sobre el retorno cooperativo.

2.- En cuanto al reembolso de las aportaciones, no cabe invocar en contra de la pretensión del demandante el tenor del art. 55 de los estatutos de la cooperativa. Aun cuando el apartado 5º de este artículo prevé que “el plazo de reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja ...”, dicho precepto ni puede derogar el régimen legal aplicable antes reseñado (art. 64.4 LCG), ni está huérfano de toda posible interpretación susceptible de conciliarse con dicho régimen legal. En concreto, entendiendo que la previsión del citado plazo estatutario de cinco años se circunscribe a los casos en que ese mismo término se prevé legalmente, esto es, para los casos de expulsiones y bajas no justificadas, supuesto distinto al que es objeto del presente pleito, que es un caso de baja justificada por haber sido declarado el socio en situación de incapacidad laboral permanente. Para este caso el plazo máximo de aplazamiento del reembolso de la liquidación es de tres años desde la baja. En todo caso dicho plazo actúa como límite de la facultad del órgano de administración de acordar el aplazamiento del reembolso de la liquidación (art. 64.4 LCG (LG 1998, 417) ), acuerdo que en este caso no consta.

Por ello debemos confirmar en este extremo la sentencia recurrida.

3.- Por el contrario, la sentencia debe ser revocada en lo relativo al retorno cooperativo, pues, como se ha expuesto “supra”, el régimen legal es diverso tanto en su causa eficiente o habilitante (no vinculada a la baja de un socio), como en el órgano competente para su aprobación (asamblea general y no consejo rector). El retorno requiere no sólo de unos excedentes de la actividad económica (que según se afirma en la instancia, no existieron en el periodo 2009-2014), sino además un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de los excedentes al retorno, acuerdo que en el caso objeto del presente proceso no se ha acreditado.

Ciertamente consta en autos un acuerdo de 13 de agosto de 2013 de dicha asamblea general relativo al aplazamiento de los denominados “anticipos laborales”. Pero este es un concepto (asimilado al de salarios) distinto al del “retorno cooperativo”. Como afirmó la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de junio de 1992 (recaída en recurso de unificación de doctrina), la legislación de cooperativas de trabajo parte de una distinción clásica entre dos conceptos diferentes a tener en cuenta en la retribución del socio cooperativista:

“el “retorno cooperativo”, o excedente a repartir entre los socios al cabo del ejercicio económico, y el “anticipo laboral” a cuenta, o cantidad que el socio cooperativista debe percibir en plazos mensuales o inferiores, en cuantía similar a determinados módulos salariales, para subvenir a sus necesidades ordinarias”.

La actora afirmó en su demanda que las cantidades que reclamaba en cuantía de 18.735 euros (segunda de las partidas reclamadas), lo era en el concepto de “retorno cooperativo”, pero que su importe habría sido reflejado documentalmente como “anticipos laborales” al haberse incluido en nóminas, haber sido objeto de las correspondientes retenciones fiscales como retribuciones salariales, y reconocidas con tal concepto en la contabilidad de la cooperativa, si bien tales cantidades así documentadas no fueron objeto de abono.

Pero dicho artificio contable, simulando como anticipos laborales lo que realmente correspondería a retornos cooperativos, no ha quedado acreditado en las instancias. La sentencia de primera instancia descartó que la citada cantidad reclamada tuviera naturaleza de “anticipo laboral”, pronunciamiento que quedó confirmado en la instancia de apelación. El acuerdo de la asamblea general de 13 de agosto de 2013, por tanto, no podía referirse a las cantidades que se reclaman a través de este procedimiento que, en lo que ahora interesa, lo son en concepto de retorno cooperativo.

En ausencia de un acuerdo de la asamblea general de aprobación de la imputación de los excedentes, del ejercicio correspondiente al año de la baja del socio, mediante su afectación o destino al retorno cooperativo, falta un requisito sine qua non para que nazca un derecho subjetivo de crédito a favor socio por este concepto y en el importe correspondiente, según resulta de la regulación contenida en el art. 67.2 de la LCG. Al haber aplicado en este punto la sentencia recurrida el mismo régimen del art. 64.1, previsto para el reembolso de las aportaciones al capital social, prescindiendo de los requisitos examinados impuestos legalmente para la distribución de excedentes en forma de retorno cooperativo, ha infringido por su inaplicación el citado art. 67.2 LCG, tal y como se denuncia en el recurso que, en este extremo, por tanto, ha de ser estimado.»

## II. SOCIEDADES AGRARIAS DE TRANSFORMACIÓN

\* STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)

Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

**Resumen:** *Recurso de revisión. Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados y conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asam-*

*bleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora.*

### **Fundamentos de Derecho**

**PRIMERO.-** Planteamiento de la demanda de revisión

Con la interposición de la demanda se pide la revisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, que fue dictada en rebeldía, el 19 de enero de 2016. Dicha sentencia declaraba la nulidad de las convocatorias de las asambleas generales de una Sociedad Agraria de Transformación (en adelante SAT) celebradas los días 30 de junio de 2005, 11 de noviembre de 2010 y 31 de enero de 2011, y de todos los acuerdos adoptados en estas asambleas.

En la demanda de revisión la representante de la SAT denunció la existencia de maquinación fraudulenta para la obtención de la sentencia, pues se eludió el emplazamiento efectivo de SAT a través de los miembros de la comisión liquidadora, que eran los legítimos representantes de la entidad, y fue emplazado en la persona de Alberto, quien en su día había sido presidente de la entidad y tenía el cargo caducado.

**SEGUNDO.-** Incidente de previo pronunciamiento.

Se formuló una cuestión de previo pronunciamiento para dilucidar a quién le correspondía la legítima representación de la SAT y, en concreto, para negarle esta representación a quien presentó la demanda de revisión.

En el auto de 22 de abril de 2019, esta sala ha reconocido a la procuradora que planteo la demanda de revisión en representación de la SAT.

**TERCERO.-** Contestación a la demanda de revisión e informe del Ministerio Fiscal.

1. Rogelio, que había sido el demandante en el procedimiento en el que se dictó la sentencia cuya revisión se pide ahora, se opone a la demanda de revisión por las siguientes razones.

En primer lugar, el demandante plantea tres excepciones procesales.

En segundo lugar, el demandante en cuanto al fondo del asunto, se niega que haya existido maquinación fraudulenta, pues la SAT fue demandada en su domicilio social, donde se hizo el primer intento de emplazamiento, y después se intentó en donde tenía su domicilio fiscal.

Finalmente, el emplazamiento se hizo en la persona de Alberto, a quién podía considerarse presidente en funciones de la entidad.

2. El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación de la demanda de revisión, ya que entiende que el emplazamiento practicado en la persona del antiguo administrador y padre del demandante Sr. Rogelio, impidió un efectivo emplazamiento a través de los liquidadores de la entidad, a quienes no se dio traslado de la demanda.  
(...)

QUINTO.- Análisis de la causa de revisión planteada.

1. *“Como recordábamos en la sentencia 130/2019, de 5 de marzo, esta sala ha reconocido la existencia de una maquinación fraudulenta, justificativa de la revisión de la sentencia, cuando quien “ejercita una acción judicial oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplaze por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía” ( sentencia 297/2011, de 14 de abril ). Esta causa de revisión está relacionada con la jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación ( sentencias 297/2011, de 14 de abril, y 442/2016, de 30 de junio).”*

(...)

2. *La maquinación puede existir no sólo cuando se oculta el domicilio o lugar en el que podría emplazarse de forma efectiva a la demandada, para provocar un emplazamiento por edictos, supuesto al que se ajustan las sentencias citadas, sino también cuando se simula un emplazamiento personal a través de quien ya no tiene la representación de la sociedad y además está relacionado con el demandante, al tiempo que este último sabía cómo localizar a quienes realmente representaban en ese momento a la entidad demandada”.*

En particular, lo relevante en el presente caso es que: en la demanda se designó el domicilio de la entidad demandada y que después de que no pudiera realizarse allí el emplazamiento, al final se hiciera efectivo en la persona del Sr. Alberto, que había sido administrador de la SAT y que en ese momento no lo era; que este señor era padre del demandante (Rogelio) y que fue el quien se personó para que se emplazara a la entidad en su persona; que no hubiera trasladado a los liquidadores de dicha SAT la existencia de la demanda en la que se pedía la nulidad de los acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba liquidadores; que este pleito de impugnación de estos acuerdos había sido planteado durante la pendency de otro pleito interpuesto por los liquidadores de la SAT, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada; que el demandante Sr. Rogelio si hubiera querido emplazar a la SAT

en la persona de los liquidadores conocía donde localizarlos, porque conocía aquel procedimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada.

3. Como informó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, existió una clara maquinación fraudulenta para impedir que los liquidadores de dicha SAT conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos en las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo, sabiendo además donde localizar a estos liquidadores. Con tal actuación se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello dejaba sin efecto la representación de la SAT por la comisión liquidadora, con la finalidad de abortar dicho litigio que había iniciado esta última ante el Juzgado de Primera Instancia núm.8 de Granada.

En consecuencia, se estima la demanda formulada por la representación de la SAT que se encontraba en liquidación, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.4 de Granada de 19 de enero de 2016 (procedimiento ordinario 383/2015), y acuerda su rescisión.

### III. ASOCIACIONES

**\* STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)**

Ponente: Rafael Saraza Jimena

**Resumen:** *Tutela de derechos fundamentales y libertades públicas: Derecho de asociación. Los asociados consideran que la asociación a la que pertenecen ha vulnerado el derecho de asociación por dos motivos: por un lado, los asociados consideran que la asociación ha incumplido el derecho de información al no haberles remitido copia de las actas de las reuniones de la asamblea general; y por otro lado, los asociados instan la nulidad de un precepto estatutario que prevé que los asociados formen parte de la asamblea general a través de representantes o compromisarios. Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación: las razones por las que la Audiencia Provincial ha desestimado su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso.*

**Notas:** Véase en los mismos términos STS núm. 178/2018, de 3 de abril (RJ 2018/1646).

### **Fundamentos de Derecho**

PRIMERO.- Hechos relevantes

1.- Varios asociados interpusieron una demanda contra su asociación, en la que solicitaron, resumidamente lo siguiente: i) que se declarara la nulidad de la asamblea general extraordinaria celebrada el 4 de octubre de 2014, y de los acuerdos en ella aprobados, por no haber sido adoptados por sufragio universal de los asociados convocados y reunidos al efecto; ii) que se declarara la nulidad de pleno derecho del artículo 102 de los estatutos de la asociación y de los acuerdos adoptados en aplicación de tal precepto, porque la regulación de la asamblea general de la asociación infringe los arts. 11.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo, LODA), y el art. 23.1 de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo, LACV); y (iii) que se condenara a la asociación demandada a entregarles las actas de varias reuniones de la asamblea general y de la junta directiva de la asociación.

2.- El Juzgado de Primera Instancia de Alcoy que conoció de la demanda desestimó la demanda, lo que motivó el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, el cual confirmó la sentencia de primera instancia y por tanto, desestimó el recurso formulado por los asociados.

3.- En consecuencia, los asociados disconformes con la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron recurso de casación basado en tres motivos, el cual fue admitido a trámite.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo.

1.- Los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 21.b) y 14 y disposición adicional primera, apartado 1.º, en relación con el apartado IX de la exposición de motivos, LODA, y 16.3 y 17.2 LACV.

2.- Los recurrentes alegan que, como cuestión previa, debe resolverse sí el derecho de información de los asociados forma o no parte del contenido esencial del derecho de asociación.

TERCERO.- El contenido del derecho fundamental de asociación.

1.-Este tribunal considera que en el presente caso el derecho fundamental susceptible de tutela judicial en el proceso especial no se circunscribe al contenido esencial. Dicha cuestión objeto de impugnación ya fue resuelta por esta misma sala en la sentencia núm.178/2018, de 3 de abril, que se resume en los siguientes extremos:

*“[...] La recurrente confunde el “contenido esencial” de un derecho fundamental con el contenido cuya tutela puede ser solicitada ante los tribunales, pues no acierta a entender el significado que tiene la institución del “contenido esencial” de los derechos fundamentales.*

*(...)*

*“La Constitución española asumió esta concepción de los derechos fundamentales como derechos “resistentes” a la ley, pues esta, al regular el ejercicio del derecho fundamental, no puede establecer limitaciones que afecten a su contenido esencial y hagan irreconocible el derecho fundamental en cuestión. El constituyente tomó de la Ley Fundamental de Bonn la institución del “contenido esencial” de los derechos fundamentales y la incorporó al art. 53.1 de la Constitución, que dispone que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.*

*“Por tanto, el “contenido esencial” es fundamentalmente una institución cuya virtualidad afecta a la actividad del legislador pues establece un “núcleo duro” del derecho fundamental que no puede ser afectado por los límites que se establezcan en la legislación orgánica que lo desarrolle o, con carácter general, en las leyes que de un modo u otro puedan afectar al derecho fundamental en cuestión. El “contenido esencial” es un “límite de los límites” de los derechos fundamentales: la acción del legislador, en cuanto pueda ser limitadora de los derechos fundamentales, tiene a su vez como límite el respeto al contenido esencial de los mismos.*

*“4.- Consecuencia de lo expuesto es que el “contenido esencial” no limita la tutela que de sus derechos fundamentales puede solicitar el ciudadano ante los tribunales de justicia, mediante los procesos ordinarios o especiales, o ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo”.*

*(...)*

*“5.- También es errónea la tesis de que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental se circunscribe a lo previsto literalmente en el correspondiente precepto constitucional y que los “contenidos adicionales” que establecen las leyes orgánicas que los desarrollan ( art. 81 de la Constitución ) son derechos infraconstitucionales, por lo que su tutela ha de solicitarse mediante los procedimientos ordinarios, pero tienen vedado el acceso a los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales.*

*6.- Los derechos fundamentales se regulan en la Constitución mediante preceptos abiertos y de perfiles difusos que precisan, por lo general, de una operación de concreción mediante su desarrollo legislativo para lograr una mayor eficacia. Su contenido protegible no puede fijarse exclusivamente con la Constitución sin acudir a otras normas, en especial los tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España ( art. 10.2 de la Constitución ) y las leyes orgánicas de desarrollo de tales derechos ( art. 81 de la Constitución).*

*Así lo reconoció, desde fechas muy tempranas, el Tribunal Constitucional, que en la STC 51/1988, de 22 de marzo (...)*

*El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de asociación cuya tutela pueden solicitar los asociados (y la asociación, cuando invoca el derecho de autoorganización) es el delimitado por el precepto constitucional y por la ley orgánica que lo desarrolla en aquellas cuestiones que no son meramente accesorias y desconectadas del sentido y finalidad de dicho derecho fundamental”.*

2.- Por tanto, es irrelevante que el derecho de información forme parte del contenido esencial del derecho de asociación, dado que lo relevante es que integra el contenido constitucionalmente protegido este derecho y que, por tanto, es susceptible de ser tutelado en el proceso especial de protección civil de los derechos fundamentales.

3.- (...)

CUARTO.- Desestimación del primer motivo.

1.- Los recurrentes consideran que se ha producido la infracción de su derecho de información como asociados por no enviar la asociación por iniciativa propia las copias del acta de reuniones de la asamblea general, y concretamente de la asamblea general, en que se recojan los acuerdos adoptados, a sus 11.362 asociados, no vulnera el derecho de información de los asociados y, en concreto, de los demandantes.

2.- Una de las razones de la desestimación, como hizo la Audiencia, es que la remisión de dicha documentación no está prevista en los estatutos sociales de la asociación y que es suficiente para satisfacer el derecho de información de los asociados dar respuesta a sus solicitudes de información, en concreto mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros cuando sean solicitados por los asociados. Por tanto, cuando sean los asociados quienes soliciten esa documentación y no por iniciativa de la propia asociación.

3.- A estos efectos, esta sala considera que no se ha infringido dicho derecho de información protegido por el derecho fundamental de asociación dado que éste lo tienen los asociados, y no las personas ajenas a la asociación. En el presente caso, la solicitud fue realizada por una persona que no era asociada y además, no justificó tener representación de algún asociado.

QUINTO.- Segundo y tercer motivo del recurso.

*“1.- En el encabezamiento del segundo motivo se denuncia la infracción de los artículos 2.4, 2.5 in fine, 11.3, disposición final primera apartado 1º en relación con la exposición de motivos, apartado IX, párrafo 2.º y disposición final segunda de la LODA (RCL 2002, 854), así como de los arts. 23.1, 11.2 apartado A) en relación con la disposición*



*final primera apartado 2.o y la disposición derogatoria única de la LACV, así como el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

2.- *En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida ha infringido estos preceptos legales al considerar que el art. 102 de los estatutos de la asociación es válido”.*

3.- Los recurrentes argumentan que justificaría dicha nulidad del precepto estatutario el hecho de que los asociados no pueden formar personalmente de la asamblea general de la asociación, sino que han de hacerlo mediante representantes, lo que les impide ejercitar el derecho de asistencia y de voto.

(...)

6.- En el tercer motivo los recurrentes alegan la infracción de los artículos 23.1, 36 b) y 11.2 LACV.

*“7.- La infracción se habría producido porque la Audiencia Provincial no declaró la nulidad del acuerdo de la asamblea general reunida el 4 de octubre de 2014 que eligió a los miembros de la junta directiva, pese a que en su adopción se infringió el derecho de participación de los demandantes, que no fueron convocados a la asamblea general, en la que no pudieron intervenir ni votar, sin que la validez del acuerdo pueda ampararse en el art. 102 de los estatutos, pues tal precepto estatutario sería nulo por infringir el art. 23.1 LACV. Por tanto, se infringió el derecho de voto que dicho precepto otorga a todos los asociados y el principio de sufragio universal en la adopción de los acuerdos de elección de la junta directiva que recoge dicha ley autonómica, lo que determinaría la nulidad de los acuerdos adoptados en esa asamblea general.”*

SEXTO.- Sobre el pronunciamiento del tribunal relativo a que los estatutos establezcan que la asamblea general de la asociación esté integrada por compromisarios.

*“1.- Cuando la Constitución reconoce el derecho fundamental de asociación en su art. 22, no perfila con precisión sus contornos. Es, por tanto, el legislador quien tiene que desarrollarlo y regularlo. Como se afirma en la doctrina, los derechos fundamentales son mutables en función del desarrollo económico, social y cultural...”*

*(...) como de los demás derechos fundamentales de la Sección 1.a del Capítulo II del Título I de la Constitución, no se ha confiado directamente a la ley ordinaria sino que se realiza en la ley orgánica, como prevé el art. 81 de la Constitución. Son, por tanto, la Constitución y la ley orgánica las que delimitan el ámbito confiado a la ley ordinaria en la regulación de estos derechos”.*

3.- Esta ley ordinaria puede ser tanto la ley estatal, emanada de las Cortes Generales, como la ley autonómica.

4.- El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, prevé en su art. 49.1.23º que la Generalitat

tiene competencia exclusiva en materia de *“asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana”*, por lo que el legislador autonómico valenciano tiene competencia para legislar en materia de asociaciones de carácter cultural.

5.- En el art. 21.a LODA establece el derecho de todo asociado *“a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos”*. Así como, en el art. 2.5 LODA establece que *“la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo”* y en el art. 11.3 LODA establece que *“la Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año”*. Según los recurrentes estos preceptos son incompatibles con lo previsto en el art. 102 de los estatutos de la asociación demandada.

6.- ...

7.- Los recurrentes argumentan que este precepto estatutario deriva de los artículos de la ley orgánica cuya infracción se alega, puesto que los estatutos configuran la asamblea general como un órgano representativo, sin que todos y cada uno de los asociados tengan derecho a asistir y votar en la asamblea general, puesto que los asociados solo pueden asistir representados por los “Primers Trons” elegidos por cada “filae” en que se organizan los asociados que tienen la cualidad de “Festers” y por los “Mayorales” elegidos por todos los asociados, y no se prevén mecanismos para que estos recaben la opinión de sus representados sobre las materias a tratar en la asamblea.

8.- En vista de lo anterior, esta sala considera que la argumentación de los recurrentes no es correcta, dado que el art. 21.a LODA, al prever el derecho de los asociados *“a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General”*, añade significativamente el inciso *“de acuerdo con los Estatutos”*.

9.- Este último inciso “de acuerdo con los Estatutos” considera la Sala que permite el equilibrio entre dos aspectos fundamentales del derecho fundamental de asociación, como son el derecho de los asociados a participar en la vida de la asociación y la libertad de organización de las asociaciones. El primero de esos aspectos se encuadra en la dimensión inter privados [entre particulares] del derecho de asociación, como “*haz de facultades*” de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, mientras que el segundo se enmarca en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, que son dos de las dimensiones que el Tribunal Constitucional ha reconocido como integrantes del

contenido esencial del derecho fundamental de asociación del art. 22 de la Constitución.

10.- *“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde su sentencia 218/1988, de 22 de noviembre hasta otras más recientes como la 42/2011, de 11 de abril, ha declarado que la libertad de autoorganización de las asociaciones es una de las facetas más importantes del derecho fundamental de asociación, que integra su contenido esencial. En otras ocasiones, como es el caso de la STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 6, el Tribunal Constitucional ha considerado que en el contenido esencial del derecho fundamental de asociación hay que incluir también el derecho a participar en la asociación”.*

11.- En particular, la sala indica que el derecho de participación de los asociados no impone necesariamente un determinado modelo de organización y funcionamiento de las asociaciones, que según los recurrentes sería el de una democracia asamblearia en la que todos los asociados tienen derecho de asistir por sí mismos a la asamblea general, intervenir en ella y votar. La libertad de organización de las asociaciones permite que los modelos de organización y funcionamiento sean diversos y que la asociación pueda decidir en sus estatutos qué modelo prefiere, con el único límite de no impedir completamente la posibilidad de participación de los asociados.

12.- *“Lo anterior se ve confirmado por el hecho de que la LODA, en su art. 7.e) y f), prevea la posibilidad de que existan distintas clases de asociados, con distintos derechos y obligaciones. Y, sobre todo, porque el Tribunal Constitucional, en la STC 135/2006, de 27 de abril (...). El principio democrático es concebido por el Tribunal Constitucional en esta sentencia como una limitación de la libertad de organización de las asociaciones, y de ahí la interpretación correctora que realiza en esta sentencia para ajustar la previsión del art. 2.5 LODA a las exigencias derivadas del art. 22 de la Constitución”.*

13.- *“(…) En nuestra sentencia 61/2013, de 5 de febrero, afirmamos respecto del derecho de voto del asociado:*

*La LODA configura, por tanto, el derecho de voto como un derecho de carácter estatutario, cuyo contenido ha de ser definido por los estatutos de la asociación. Este derecho del asociado encuentra su límite con el derecho constitucional de asociación, en su modalidad de libertad de organización y funcionamiento interno de las asociaciones sin injerencias públicas”.*

14.- Por estas razones, la sala considera que el art. 102 de los estatutos de la Asociación San Jorge de Alcoy no vulnera las exigencias que la LODA que establece respecto del derecho de participación de los asociados y de asistencia de los mismos a la asamblea general, puesto que respeta el equilibrio entre ese derecho de participación del asociado y la libertad de organización de la asociación, al configurar la asamblea general como un órgano representativo, en el que los asociados intervienen mediante los representantes que ellos mismos eligen (los “Primers Trons” y los “Mayorales”).

15.- Además, los recurrentes alegan también que la nulidad del art.102 de los estatutos vendría a determinar por no respetar las exigencias del art.23 LACV, conforme al cual *“toda persona asociada dispone de un voto en la asamblea”*.

16.- ...

17.- Como advierte la Sala, *la delimitación del ámbito de la ley orgánica y de la ley ordinaria en la regulación del derecho fundamental y, en concreto, en la regulación de la libertad de organización de las asociaciones y de los derechos de participación que los asociados ostentan frente a ellas, presenta dificultades. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 173/1998, de 23 de julio, y 135/2006, de 27 de abril, ha declarado que uno de los criterios fundamentales que ha orientado esta delimitación ha sido la de reservar a la ley orgánica la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en tanto que se atribuye la regulación de la “materia” sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, de 5 de mayo); 61/1997, de 20 de marzo; y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985, de 24 de mayo, y 157/1992, de 22 de octubre: las razones por las que la Audiencia Provincial ha desestimado su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido.*

18.- No obstante, el Tribunal Constitucional admite que esta pauta interpretativa no puede ser aplicada de forma mecánica, y los límites y garantías que pueden establecerse desde la delimitación del derecho de asociación en su vertiente de libertad de organización de las asociaciones forman un continuum con las reglas relativas a la organización interna de las asociaciones que pueden dictarse desde la regulación del régimen jurídico de esas asociaciones.

21.- Por tanto, este tribunal considera que el art. 23.1 LACV ha de interpretarse de un modo armónico con la regulación establecida en la LODA y que respete la libertad de organización de las asociaciones que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el art. 22 de la Constitución. En consecuencia, el derecho de voto en la asamblea general que el precepto de la ley autonómica reconoce a todo asociado no excluye que los estatutos de la asociación puedan prever un modelo de asamblea general integrada por compromisarios, de modo que el derecho de los asociados a la asistencia, intervención y voto en la asamblea general se realice mediante los representantes elegidos por estos asociados.

22.- Con esta solución se permite un equilibrio entre los derechos de participación de los asociados de la Asociación San Jorge de Alcoy en la vida asociativa y la

forma tradicional de organización por la que la asociación ha optado en sus estatutos al prever la representación de los asociados en la asamblea general por los “Primers Trons” y los “Mayorales” elegidos, por distintos procedimientos, por tales asociados.

23.- En definitiva, de todo lo expuesto esta sala desestima los motivos segundo y tercero del recurso, pues el art. 102 de los estatutos no es nulo, ya que no infringe lo previsto en la LODA ni en la LACV, y las asambleas convocadas y celebradas en la forma prevista en tales estatutos son válidas, como lo son los acuerdos adoptados en ellas. Además, no se produce la infracción del derecho de información a los asociados, ya que no enviar la asociación por propia iniciativa copia del acta de las reuniones de la asamblea general no vulnera tal derecho: remisión no prevista en los estatutos siendo suficiente dar respuesta a sus solicitudes de información mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros en que se recogen las mismas cuando aquéllos lo pidan.

(...)

## IV. FUNDACIONES

**\* STS núm. 782/2019, de 6 de junio de 2019 (Contencioso-Administrativo) (RJ 2019/2361)**

Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

**Resumen:** *Certificación negativa de la denominación. Reserva temporal de la denominación pero únicamente a la denominación: extensión literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del TS.*

### **Fundamentos de derecho**

PRIMERO.- La cuestión objeto del recurso de casación formulado reviste interés objetivo para la formación de jurisprudencia, de acuerdo al art.93.1 LJCA. Dicha interpretación debe conllevar la afirmación o negación de si la reserva temporal de denominación regulada en el art.51 del Reglamento del Registro de Fundaciones (en adelante, RRFCE) incluye no sólo la denominación literal que consta en la solicitud, sino que también ha de extenderse a denominaciones similares, en aras a la

protección del titular de la reserva, y en atención a otros preceptos de la normativa reguladora de las fundaciones, en particular, los preceptos concernientes a la denominación.

En particular, las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, son las contenidas en: los artículos 51.1 y 50.2 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, en relación con los artículos 5, apartados 1 y 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, así como con el artículo 3.2 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

#### SEGUNDO.- Normativa reguladora de las fundaciones.

El art. 34.1 de la CE reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley. La vía de desarrollo del derecho de fundación cuyo primer eslabón, como ordena el artículo 53 CE, es hoy, salvo en lo que respecta a los incentivos fiscales, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF).

*“En la cuestión controvertida el artículo 4.1 de la LF dispone que éstas tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el registro de fundaciones correspondiente y su artículo 5.1. que en su denominación deberá figurar la palabra “fundación” y, entre otras (apartado a), que la misma no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los registros de fundaciones. Para ello, conforme al artículo 5.2 de la LF, no se admitirá ninguna denominación que conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.*

*En el siguiente escalón normativo, el artículo 3.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el RRFCE, dispone que las fundaciones sólo podrán tener una denominación. Podrán utilizarse las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Las expresiones numéricas podrán recogerse en números arábigos o romanos. Y el apartado 2 del mismo artículo 3 afronta la cuestión que nos ocupa en los siguientes términos:*

*“La denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra de la que conste su previa inscripción en un registro público español, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades, públicas o privadas, por su legislación específica. Entre otras posibles circunstancias, se entenderá en todo caso que existe tal semejanza cuando concurra alguna de las siguientes:*

*a) La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.*

*b) La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación.*

*c) La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética”.*

*Por su parte el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal establece en su artículo 31 que la solicitud de inscripción en el Registro de la primera inscripción de una fundación debe acompañarse de la escritura de constitución de la fundación o testamento donde conste la voluntad fundacional y que la primera inscripción de la fundación comprenderá, la denominación y número de Identificación fiscal de la misma”.*

TERCERO.- Normativa relativa a la certificación negativa de denominación, escritura pública e inscripción de la fundación.

En particular, el art. 7 e) del RRFCE para facilitar la denominación singular identificativa de la fundación, dado que el registro se basa, entre otros, en el principio registral de prioridad, se establecen dos cautelas esenciales con el fin de evitar confusión con otras denominaciones, en concreto, el índice de denominaciones y su reserva temporal a efectos registrales mediante certificaciones negativas.

En primer lugar, el art. 47 del RRFCE establece el índice de denominaciones, en el que constan las denominaciones de las fundaciones inscritas en él y de las fundaciones inscritas en los registros autonómicos, así como con las delegaciones de fundaciones extranjeras que realicen actividades en el territorio español.

En segundo lugar, el art.49 del mismo texto legal señala la expedición por parte del encargado del registro de las certificaciones de denominación en la cual expresará en ellas exclusivamente si existe o no una denominación idéntica o semejante en el índice de denominaciones. Además, en dicha certificación se hará constar, la denominación con la que se pretende inscribir la fundación en el Registro, los fines, las actividades y su ámbito territorial tal y como constarán en los estatutos.

A estos efectos, la función de la certificación negativa resulta del art.50.1 del RRFCE en cuanto a que el notario no podrá autorizar la escritura de constitución o de modificación de la denominación de la fundación sin que se le presente la correspondiente certificación negativa de denominación.

*“Precisa el citado precepto que la denominación que se exprese en la escritura pública habrá de coincidir exactamente con la que conste en la certificación negativa expedida por el encargado del registro y que la certificación presentada al notario autorizante deberá ser original, estar vigente y haber sido expedida a nombre de cualquiera de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean fundadores (artículo 50.2 RRFCE).*

*El índice de denominaciones y la reserva temporal combinan sus efectos ya que cuando el encargado del registro expida una certificación negativa incorporará provisionalmente la denominación solicitada al índice de denominaciones (artículo 47 in fine y 51.1 RRFCE).*

*Por último la denominación provisional registrada caducará, y se cancelará de oficio, cuando transcurran seis meses desde la fecha de expedición de la certificación negativa sin haberse recibido en el registro una solicitud de inscripción de la fundación o delegación extranjera o de cambio de denominación, o una comunicación de estas circunstancias procedente de algún registro autonómico de fundaciones (artículo 51.1 RRF) y una vez inscrita la fundación o una delegación de una fundación extranjera, la denominación provisional se convertirá en definitiva (artículo 51.2 RRF)”.*

CUARTO.- Sobre la interpretación de la normativa aplicable.

Tras haber revisado la literalidad normativa aplicable al presente recurso, esta sala considera que no ha lugar a la pretensión que ha dado origen a este recurso, y a resolver la cuestión que se le plantea.

*“La propia dicción literal del artículo 49 apartados 1 y 2 RRFCE sirve ya de respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada, en cuanto el mismo se expresa en singular (“una denominación idéntica o semejante”) y “denominación con la que pretende inscribirse la fundación” por lo que la protección que la reserva de denominación establece se dispone únicamente para una denominación única, que necesariamente ha de ser la misma que posteriormente conste como nombre de la fundación en la escritura pública de constitución. Esta impresión se corrobora en el artículo 50.1 del RRFCE que exige la coincidencia exacta de la certificación negativa (de nuevo en singular) con la denominación de la fundación que se haga constar en la escritura pública.*

*La protección que se invoca frente a denominaciones coincidentes, semejantes o que puedan inducir a confusión conforme al artículo 5.1 a) y 5.2 de la LF y el artículo 3.2 del RF sólo puede resultar de la no expedición, debidamente motivada, por el encargado del Registro de una certificación negativa y la denegación de la incorporación de la misma al índice de denominaciones. Una vez concedida ésta, como en el caso aconteció respecto de la “Fundación Consejo España-Colombia”, y una vez constituida la fundación conforme a la denominación reservada, como consta en el expediente, existe una presunción de que dicha denominación respeta los preceptos legales y reglamentarios citados, que únicamente puede enervarse mediante la impugnación de la misma, en la vía administrativa y posteriormente jurisdiccional, que ha intentado en este caso la parte recurrente.”*

QUINTO.- Sobre la desestimación del recurso.

En el caso se ha aplicado correctamente la normativa de que se ha hecho mérito, en contra de lo que se sostiene en el recurso. En particular, la recurrente tuvo reservada la



denominación “Fundación Consejo España-Colombia” desde el 25 de febrero de 2013 hasta el 20 de noviembre de 2013 (seis meses después de lo última reserva realizada con dicha denominación, que tuvo lugar el 20 de mayo de 2013). Posteriormente, el 21 de agosto 2013), solicitó la reserva de una nueva denominación “Fundación España-Colombia”. Como se expresa en el informe que obra al folio 5 del expediente la primera denominación registrada “Fundación Consejo España-Colombia” caducó el 20 de noviembre de 2013, quedando liberada. Ello permitió que colaboradora del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación solicitara y obtuviera la reserva de la denominación “Fundación Consejo España-Colombia” y pudiera así constituir una fundación con la citada denominación.

*“La alegación de la recurrente de haber presentado siempre, dice que como segunda opción de la solicitud de reserva de la denominación “Fundación España-Colombia,” la de “Fundación Consejo España-Colombia” no es válida porque el RRF sólo contempla la reserva de una denominación única, no de dos o de varias ni de una denominación principal y de otras subsidiarias.”*

Si se atiende a los datos del expediente, esta sala aprecia que no son claras las solicitudes de denominación que en su día formuló la hoy recurrente, y que ahora se pretende como segunda opción (y que se expresan en las peticiones en una forma confusa: Fundación España-Colombia “y/o” Fundación Consejo España-Colombia. Sin embargo, lo que es evidente es que el registro no mantuvo “la reserva de la denominación “Fundación Consejo España-Colombia”, expresándose además en la solicitud que, de pedirse varias denominaciones, el certificado se expediría para la primera que no constase inscrita. No se indujo a confusión a la solicitante y este extremo de una reserva única fue consentido por la hoy recurrente, por lo que hay que corroborar que la reserva de denominación negativa respecto de la “fundación Consejo España-Colombia” caducó transcurridos seis meses desde el 20 de mayo de 2013. La pretensión en que insiste la recurrente incurre en esta casación en el defecto de hacer supuesto de lo que es en realidad cuestión ya que, dando por supuesta la similitud de las dos denominaciones, pretende tener derecho sobre ambas. Ese planteamiento no es aceptable, como ha entendido correctamente la Administración y confirma la sentencia recurrida.”

SEXTO.- *“(…) Esta sala tampoco aprecia la similitud entre las denominaciones “Fundación Consejo España-Colombia” y “Fundación España-Colombia”, que viene defendiendo y dando por supuesta la recurrente. A efectos del artículo 5 apartados 1 a) y 2 de la LF y del artículo 3.2 a) del RF la introducción de una palabra: “Consejo”, entre dos palabras (“España-Colombia”) no es de escasa significación; tiene entidad para eliminar la similitud o el riesgo de confusión. Carece de relieve que ambas entidades, en el caso de constitución de la segunda en fundación, tengan fines similares.”*

SÉPTIMO.- "En mérito de lo expuesto, la respuesta a la cuestión en la que el auto de admisión del recurso de casación apreció la concurrencia de interés casacional es la siguiente:

La reserva temporal establecida en el artículo 51 del Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, incluye sólo una denominación literal, no dos o varias, sin que exista, por tanto primera o segunda opción. Dicha reserva no puede extenderse a denominaciones similares, conforme al sentido literal de los preceptos ya analizados que regulan la cuestión."

OCTAVO.- Por todo lo expuesto, esta sala declara que no ha lugar al recurso de casación.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO

- \* STS núm. 98/2019, de 7 de febrero de 2019 (Social) (RJ 2019/1002)  
Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad ..... 492
- \* STS núm. 337/2019, de 13 de marzo de 2019 (Cont.-Admvo) (RJ 2019/1093)  
Cooperativas de Vivienda. La deducción por vivienda habitual que regula el artículo 68.1 de la LIRPF es aplicable al contrato de adhesión entre la cooperativa de viviendas y sus socios, en la que éstos asumen el compromiso de alquilar la vivienda durante diez años con opción a compra y transcurridos dichos años adquirirla, siendo las cantidades abonadas a cuenta del pago de la vivienda....  
..... 497
- \* STS núm. 181/2019, de 21 de marzo (Civil) (RJ 2019/1124)  
Asociación. Tutela del derecho fundamental de asociación: Inexistencia de la vulneración del derecho de asociación instado por varios asociados: las razones por las que la Audiencia Provincial desistió su pretensión nada tienen que ver con que el derecho de información integre o no el contenido esencial del derecho de asociación o pueda ser o no tutelado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil. La razón fue que el derecho de información de los asociados demandantes no ha sido infringido; la doctrina constitucional relativa a la libertad de autoorganización con el único límite de no impedir completamente la participación de los asociados situación que no se produce en el presente caso ..... 585
- \* ATS de 10 de abril de 2019 (Civil) (JUR 2019/127001)  
Cooperativas. Baja justificada de socio por modificación estatutaria que supone la agravación del régimen de responsabilidad de la socia y de su participación en la actividad cooperativizada. Arts. 22.5.2 a) y b) y 22.7 de la Ley de Cooperativas de la Rioja (LCR). Inadmisión del recurso de casación..... 502

- \* STS núm. 347/2019 de 8 de mayo (Social) (RJ 2018/2389)  
Cooperativa de Trabajo Asociado. Tutela del derecho fundamental a la libertad sindical: extensión de la titularidad del derecho a la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado en base a una interpretación no restrictiva de dicho derecho, a la inexistencia de exclusión normativa a este colectivo de trabajo asociado y a las normas internacionales que recomiendan la extensión siempre que sea posible de las normas laborales a las cooperativas ..... 507
- \* ATS de 8 mayo 2019 (Civil) (JUR 2019/155240)  
Cooperativa: Asamblea General. Inexistencia de nulidad de acuerdo de la Asamblea General. Inadmisión recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento por falta de respecto a la base fáctica y razón decisoria de la sentencia recurrida. Interpretación art. 38 Ley de Cooperativas de Asturias. La cooperativa actuó en todo momento conforme la buena fe y no existió dejación alguna de su obligación por la cooperativa, sino que fue necesaria, ante la extemporaneidad del recurso presentado, la celebración -seguida- de dos asambleas para resolver el recurso de la parte recurrente, hasta que finalmente se rechazó y se confirmaron los hechos y por tanto la sanción impuesta ..... 521
- \* STS núm. 260/2019, de 24 de mayo (Penal) (RJ 2019/3095)  
Cooperativa de Viviendas. Responsabilidad penal por la existencia de un delito de estafa por el engaño de los encargados de la gestión de la Cooperativa los cuales simulan la intermediación en la venta de parcela causando un perjuicio a la cooperativa, al recibir una cantidad por un servicio no prestado y del cobro de importantes honorarios y comisiones a sabiendas de que no se podía desarrollar el proyecto (no destinan cantidad alguna a la gestión) ..... 523
- \* STS núm. 782/2019, de 6 de junio (Cont.-Admvo) (RJ 2019/2361)  
Fundaciones. Certificación negativa de la denominación de una Fundación. Reserva temporal de la denominación: extensión únicamente a la denominación literal interesada y no a las denominaciones similares; interpretación del art. 51.1 y 50.2 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal en relación con los art.5.1 y 2 Ley de Fundaciones y el art.3.2 del Reglamento de Fundaciones. Desestimación del recurso de casación. Doctrina del Tribunal Supremo. .... 593

- \* *STS núm. 634/2019 de 17 de septiembre (Social) (RJ 2019/3803)*  
Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad ..... 541
- \* *STS núm. 416/2919, de 24 de septiembre (Penal) (RJ 2019/3687)*  
Cooperativas. Responsabilidad penal del encargado de la gestión económica de la cooperativa. Existencia de un delito de apropiación indebida, al elaborar una serie de facturas que permitieron que los fondos destinados a sufragar el pago por la compra de cereal se le transfirieran a él, en lugar de a sus legítimos destinatarios. Inexistencia en el presente recurso de la vulneración de la presunción de inocencia dado que las transferencias de los fondos realizadas por el encargado no respondían a operaciones reales ..... 545
- \* *ATS 25 de septiembre de 2019 (JUR 2019/276485)*  
Cooperativas. Los socios cooperativistas denuncian en el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial, por un lado, sobre el principio de puertas abiertas, y sobre los efectos económicos de la baja al postergarse sine die la liquidación de sus aportaciones; y por otro, sobre el principio de la responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales en una sociedad cooperativa. Inadmisión del recurso de casación por falta de cita del precepto infringido y carencia manifiesta de fundamento al no respetarse la base fáctica ni la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida ..... 550

- \* *STS núm. 754/2019, 6 de noviembre (Social) (RJ 2019/5435)*  
 Cooperativa de Trabajo Asociado. Jubilación anticipada. Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Procede reconocer la jubilación anticipada a socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado incluido en el Régimen General de la Seguridad Social por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa. Una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso, y aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad ..... 552
- \* *STS núm. 632/2019, de 22 de noviembre (Civil) (RJ 2019/4717)*  
 Sociedad Agraria de Transformación en liquidación. Recurso de revisión. Se produce una clara maquinación fraudulenta por parte del que fue en su día el presidente de dicha entidad y que tenía caducado el cargo, al impedir que los liquidadores fueran emplazados conocieran de la demanda de impugnación de acuerdos de las asambleas en las que se les nombraba para ese cargo; se consiguió una sentencia estimatoria de la demanda que dejaba sin efecto los acuerdos de las asambleas impugnados y con ello se dejaba sin efecto la representación de la sociedad por la Comisión Liquidadora ..... 582
- \* *STS núm. 181/2020, de 12 de febrero (Cont-Admvo) (RJ 2020/386)*  
 Cooperativas de crédito. Banco Cooperativo Español, S.A. cuyos accionistas son cooperativas de crédito. Acuerdo Comisión Rectora del FROB en el que se establece el importe de la contribución que debe realizar el Banco Cooperativo al Fondo de Resolución Nacional: solicitud de exclusión de ciertos pasivos con el fin de evitar un doble cómputo. Interpretación de la normativa aplicable: los pasivos que se derivan de operaciones realizadas entre un banco de segundo nivel y los miembros de un grupo que tal banco conforma con cooperativas de crédito a las que presta diversos servicios, sin controlarlas, y que no comprenden préstamos concedidos en condiciones no competitivas y sin ánimo de lucro a fin de fomentar los objetivos públicos de la Administración central o de las Administraciones regionales de un Estado miembro, no están excluidos del cálculo de las contribuciones a un fondo de resolución nacional contempladas en el referido artículo 103. 2. Impugnación improcedente: no están excluidos dichos pasivos ..... 557

- \* STS núm. 269/2020, de 25 de febrero (Cont-Admvo) (RJ 2020/602)  
Cooperativas de crédito. Impugnación de la Orden ETU/615/2017, de 27 de junio, por la exclusión de las cooperativas de crédito como entidades capaces de actuar como avalistas en las subastas para la asignación del régimen retribuido específico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a través de fuentes de energía renovables, Vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE, al existir un trato desigual con Bancos y Cajas de Ahorro carente de justificación objetiva y razonable, siendo la previsión contraria a Derecho..... 567
- \* STS núm. 126/2020, de 26 de febrero (Civil) (RJ 2020/593)  
Cooperativas de Trabajo Asociado. Cooperativa de Trabajo Asociado. Baja justificada de un socio de una cooperativa por reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. Distinción entre el concepto de reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa y el concepto de retorno cooperativo. El socio, tras su baja justificada, tiene derecho al reembolso de sus aportaciones al capital social ex lege, no así al derecho de retorno cooperativo dado que este requiere de unos excedentes de la actividad económica y de un acuerdo de la asamblea general de la cooperativa aprobando la imputación de dichos excedentes al retorno, que en el presente caso no se acreditan ..... 574