

Roj: SAP PO 2258/2011
Id Cendoj: 36038370012011100487
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pontevedra
Sección: 1
Nº de Recurso: 369/2011
Nº de Resolución: 454/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00454/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 369/11

Asunto: ORDINARIO 722/09

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 DE PONTEVEDRA

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

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.454

En Pontevedra a quince de septiembre de dos mil once.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 722/09, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 369/11, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Marí Luz , DÑA Adela , D. Pedro Jesús , D. Adrian representado por el procurador D. JOSE MANUEL **DOMINGUEZ LI NO** y asistido por el Letrado D. MOISES DOCAMPO BELLO, y como parte apelado-demandado: ALCABRE SOCIEDAD COOPERATIVA, representado por el Procurador D. MARIA BELEN ÁLVAREZ SÁNCHEZ, y asistido por el Letrado D. **ANTONIO SALCEDA DOMINGUEZ**; D. Bienvenido , D. Cesareo , DÑA Elisenda , DÑA Eulalia , no personados en esta alzada, sobre reclamación de cantidad, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 20 enero 2011, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimo íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. **Domínguez** Lino, en nombre y representación de Dña Marí Luz , doña Adela , don Pedro Jesús y don Adrian , contra la entidad Cooperativa Alcobre SCG, doña Eulalia , don Cesareo , doña Elisenda y don Bienvenido , representados por la procuradora Sra. Álvarez Sánchez, con expresa condena en costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Marí Luz y otros, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día quince de septiembre para la deliberación de este recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En virtud del precedente Recurso por la apelante D^a Marí Luz, D^a Adela, D. Pedro Jesús y D. Adrian representados por el Procurador D. José Manuel **Domínguez** Lino se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 722/09 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad que desestimó la demanda por ellos formulada contra Alcabre S.C.G de viviendas, D^a Eulalia ; D. Bienvenido, D^a Elisenda y D. Cesareo que desestimó tanto su pretensión indemnizatoria subsiguiente a la declaración de responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de la Cooperativa de viviendas.

A través de un larguísimo excurso impugna la resolución a quo porque considera que no se ha valorado la existencia de responsabilidad a los demandados con arreglo a los art. 50 LCG, 133 a 135 y 262.5 LSA en tanto quedó demostrado que el dinero cobrado por la venta del suelo no se repartió de forma equitativa entre los socios sino que benefició a 12 privilegiados que se repartieron 106 millones de pesetas, dejando sólo 60 para los restantes 38 según el extracto doc.82 de la contestación a la demanda. Es decir que del millón de euros cobrados por el suelo casi la mitad se repartió entre 6, y en el resto se volvió a beneficiar a algunos socios en detrimento de los demás como queda probado en el documento 82 bis (f. 469) de la contestación a la demanda. Ascende la suma pagada sin ningún acuerdo que lo respalde a 641.294,7 euros y que habían sido cobrados por la venta del suelo.

La Cooperativa en su contestación a la demanda y al recurso niega que haya habido otra compensación que no fuera la prevista en los Estatutos, esto es la devolución de aportaciones a vivienda. Tampoco es cierto que por la venta del suelo y eventual edificabilidad que se afirma por la contraparte haya existido el reparto entre unos pocos socios.

La resolución de instancia desestima la demanda por considerar que no concurre ni la existencia de discriminación pretendida por los demandantes, ni tampoco se estimó la existencia de devolución de importes de capital inferiores a lo que correspondiera debido a una venta de suelo por importe superior a lo declarado o en cantidad que no les correspondiera.

Comenzando por el análisis de la primera cuestión suscitada en el escrito de recurso, trato discriminatorio a los recurrentes socios en la cooperativa que deben por ello ser indemnizados en tanto no se les ha dado participación en todo lo percibido por la venta de la edificabilidad, y que en cierto modo se mezcla con la segunda (exigencia de responsabilidad a los miembros administradores del Consejo Rector), no podemos sino poner de manifiesto ab initio las dificultades, no sólo de comprensión o inteligencia del *fabuloso* volumen de datos y reiteraciones que hasta al folio 20 del escrito de recurso y que continúan hasta el 66, se vuelcan de manera caótica, sino también la absoluta falta de prueba seria sobre la cuestión de fondo en relación a lo argumentado en la instancia en una aproximación más que meritoria a lo allí formulado.

En efecto, ya en la instancia, nada más presentada la demanda y a medio de diligencia de ordenación de 16 de noviembre de 2009 se petitionó a los demandantes que "aclarasen" qué tipo de acción se hallaban ejercitando, y a ello se dio respuesta por escrito de 11 de diciembre siguiente, en el que se manifestaba que debía entenderse el trato discriminatorio que habían sufrido por la venta del suelo de la cooperativa ya que habían obtenido más dinero en efectivo que el entregado a ellos mismos, que además los otros socios habían obtenido una rebaja adicional en la compra de sus viviendas de cuatro millones de pesetas que tampoco se les compensó y se les impidió adquirir viviendas al igual que al resto de los socios, y que aquella siguió reteniendo para sí.

Pues bien, la resolución a quo partiendo de que el objeto de la cooperativa en los términos del art. 4 de los Estatutos es procurar a sus socios una vivienda principalmente mediante la práctica de todas las gestiones que fuera preciso, obviando cualquier referencia a un reparto de beneficios, de la misma manera que se prevé en el art. 58.3 de los Estatutos que las cuotas de ingreso no integrarán el capital asocial ni serán reintegrables, de tal manera que en los términos del art. 60 si se produjera la baja de un socio estará facultado para el reembolso de la aportaciones sin incluir las cuotas de ingreso ni las periódicas, habiéndose probado a través de los documentos 10 a 13 de la contestación a la demanda que a los actores se les había reintegrado lo que

había aportado al capital social, considerándose igualmente acreditado que lo mismo ha sucedido en relación a los demás socios desestima la demanda en este primer aspecto.

Es lo cierto que salvo las meras manifestaciones de la parte recurrente con fundamento especialmente en el extracto que como documento 82 bis se han acompañado a la contestación a la demanda, no podemos colegir con la acreditación en los términos del art. 217 de la LEC de las dos cuestiones en que sustenta -según parece- su escrito de recurso: la existencia de un trato discriminatorio porque se han repartido "beneficios" por la venta del suelo de los que no se les ha hecho partícipes y a la vez la venta del suelo por un precio mayor que el confesado. Ello es así porque en modo alguno puede considerarse que el Tribunal pueda realizar un análisis de dicho extracto en el que figuran más de doscientos apuntes contables seguidos de una mínima explicación de su "concepto" para derivar de ello, sin más, y sin ningún dictamen pericial que avale las consecuencias que pretenden los ahora recurrentes, por cuanto ello exigiría cuando menos un análisis serio seguido del soporte contable correspondiente desde un punto de vista económico que es inexistente en autos, salvo que la resolución a dictar incurriese en una manifiesta, sino ya discrecionalidad no permitida tampoco en el caso, sí es seguro que incidiría en arbitrariedad. El único dictamen pericial propuesto en autos lo ha sido curiosamente a instancia de la parte demandada, y desde luego no viene a apoyar la tesis del recurrente ni relevarle de la carga de la prueba las circunstancias de que la contraria hubiera renunciado a ella si es que a su estrategia procesal así interesaba.

Pero es más, detalles como el apuntado al folio 10 del recurso a propósito de si había habido devolución o no de IVA a los socios aportantes que debían recibir no 12.085 # sino 12.931,65 # debe ir precedido en primer lugar de la prueba de que se había pagado inicialmente, y segundo de la documentación obrante a los folios 457 y ss de colige que efectivamente se ha devuelto y que no todos los socios han percibido la misma cantidad, lo cual se nos presenta como lógico si es que no todos habían aportado lo mismo. Tales dudas debían haber sido resueltas de manera técnica a través del correspondiente dictamen pericial propuesto, eso sí tempestivamente en la instancia puesto que es evidente que la documentación aportada y pretendido aportar - según se ha dicho ya en el presente Rollo de apelación- en esta segunda instancia, aparte de extemporánea, exigiría en su mayor parte un valoración técnico económica contable que ni los actores pueden hacer por sí mismos por evidentes razones de parcialidad, ni al Tribunal le es exigible practique en la presente resolución puesto que sólo debe valorar la prueba que se someta a su consideración, hallándose especialmente indicada en el caso la pericia técnica.

Aunque como apuntábamos más arriba, parece que el Letrado apelante ya había realizado una serie de manifestaciones sobre este aspecto al hilo de la reclamación de indemnización, vuelve más exhaustivamente sobre esta cuestión a partir del folio 20 del escrito de recurso insistiendo en que los demandados actuaron sin la diligencia exigible con arreglo al art. 50 de la LCG porque la cuenta de la cooperativa, después de que la prórroga de sus cargos fuera declarada nula el 31 de enero de 2008 con un saldo de 229.491,42 # se rebaja inexplicablemente dos años después, en 2010 a 19.516,39 # sin haber procedido a nombrar liquidadores. Lo anterior se mezcla con la afirmación de que la Cooperativa no les permitió a los actores participar en el sorteo de viviendas en Gesvinor, que eran 24.000 # más baratas, a pesar de que había viviendas para ello a pesar de que reunían las condiciones de VPA aunque se dijera lo contrario y de hecho añaden que D^a Delfina no reunía tampoco las condiciones y se la aceptó, ello no obstante.

La falta de concreción, claridad y precisión en todo lo argumentado por el Letrado apelante al folio 14 de su escrito de recurso sobre pretendidas nulidades judiciales respecto de ciertos acuerdos, en principio probadas y con efectos en el pleito en que se dictaron, pero cuya vinculación con el motivo de recurso que nos ocupa nos resulta ciertamente de difícil inteligencia, conlleva a considerar nuevamente la concurrencia de falta de prueba sobre lo alegado, constando por el contrario que la cooperativa les requirió a medio de burofax a los actores la documentación necesaria para poder gestionar la adquisición de una vivienda en Navia, que previamente exigía la Xunta de Galicia la cual no les fue aportada al amparo de que ya lo habían hecho cuando se constituyó la cooperativa, y es lo cierto que al margen de que no consta si toda la aportada era la requerida por el IGVS, en cualquier caso eso no es motivo suficiente para no acompañarla de nuevo máxime si se habían cambiado las condiciones de acceso a ese tipo de viviendas autonómicas protegidas, lo que hace pensar efectivamente que no se reunían los requisitos. Ítem más, como señala la juzgadora a quo, las viviendas libres ofrecidas en Cambeses fueron rechazadas. Por demás está señalar que si los acuerdos en que se tomaron esas decisiones no fueron anulados, previa impugnación, no se comprende que puedan ahora atacarse si no se ha ejercitado la oportuna acción.

Hemos de ratificar asimismo que la falta de ofrecimiento del derecho a ceder sus derechos a un familiar o un tercero no constituye per se trato discriminatorio si es que en ningún momento lo propusieron a la

Cooperativa y esta lo hubiera denegado o no estaban apuntados a la lista de socios expectantes. Sea como fuere tampoco entendemos qué tiene ello que ver con el derecho a la devolución de las cantidades que se pretenden como indebidamente apropiadas por la cooperativa a favor de otros socios si la acción que se ejercita en primer lugar es la devolución de un numerario que presuntamente se obtuvo por la venta de la edificabilidad.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Exigencia de responsabilidad a los miembros del Consejo Rector.- Sin perjuicio de que puedan considerarse rechazadas la imputación de responsabilidad que el Letrado de los apelantes suscitó al hilo de la exposición de la reclamación de indemnización que examinamos en el fundamento anterior, se añade ahora la imputación de falta de diligencia en tanto que no han formulado las cuentas, siendo así que aunque los demandados no le pudieran aportar al auditor la documentación no contable que pudiese haber requerido, no es razón para que no emita su informe apuntando que lo que temían es que se pudiese de manifiesto que se habían dispuesto indebidamente de 106 millones de pesetas que correspondían a todos los socios por igual por la venta del suelo, cuando las cuentas hasta el año 2006 estaban todas ellas auditadas y formuladas.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 50 LCG de 1998 (Art. 43 de la LGC Ley 27/99 remite a la LSA art. 133 y 135)

1. Los miembros del Consejo Rector actuarán con la diligencia debida y con lealtad a la representación y responsabilidad que poseen. Responderán solidariamente frente a la cooperativa, los socios y terceros del *daño causado* por actos contrarios a la Ley o los estatutos , *o por los realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo*. Estarán exentos de responsabilidad los Consejeros que hubiesen salvado expresamente su voto en los acuerdos que hayan causado daño y los ausentes que hubiesen hecho constar su oposición mediante documento fehaciente dirigido a dicho órgano en los treinta días siguientes al de la adopción del acuerdo.

Debe señalarse de inicio que la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, reguladora de las Sociedades Cooperativas de Galicia, no establece un precepto semejante al del artículo 262,5 de la Ley de Sociedades Anónimas, o al artículo 105,5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (ambos antes de transformarse en Ley de sociedades de Capital) , que hacen responsables a los administradores de este tipo de sociedades del pago de las deudas sociales cuando, existiendo causa de disolución, no hubiesen llevado a cabo, en el plazo que señalan, la convocatoria de la junta general de socios que acordara la disolución y consiguiente liquidación, sin necesidad de que se aprecie la concurrencia de culpa concreta de alguno de los administradores, ni de que exista un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación legal y el impago de la deuda, sino, tan solo, la concurrencia de los presupuestos objetivos que derivan del propio texto de la ley, por lo que, tratándose de normas que establecen una responsabilidad objetiva "ex lege", no pueden ser aplicadas por analogía a los consejeros de las sociedades cooperativas cuando se demandan bien por terceros o por socios cooperativistas.

Efectivamente, en la legislación de cooperativas no ha existido ni existe una responsabilidad de los miembros del Consejo Rector que sea parangonable a la responsabilidad de los administradores que se regula en la legislación de la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, particularmente porque no se ha establecido la responsabilidad "ex lege" de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL. La única acción que se establece está próxima a la configurada en el art. 135 LSA y 69 LSRL, en el sentido de que se trata de una acción de daños que responde al esquema típico de las acciones de esta clase y exigen, para que la responsabilidad pueda ser declarada: *que exista un hecho negligente, que del mismo resulte un daño y que entre uno y otro concorra un adecuado nexo de causalidad*.

Debe por tanto centrarse el análisis del presente recurso en la acción basada en el art.133 y 135 de la L.S.A no por la remisión que a dicho texto legal hace el art.43 de la Ley Estatal General de cooperativas de 16 de junio de 1999 configurador de la responsabilidad de los miembros del consejo rector de las cooperativas, sino porque en realidad es también el supuesto previsto en el art. 50 de la Ley Gallega, dado su enunciado. Los motivos en los que se basa la acción ejercitada estriban en que los actores eran titulares de un crédito contra la cooperativa por el importe de la devolución de las cantidades entregadas como consecuencia de su adjudicación de un inmueble producto de una baja en la misma que no fue voluntaria y habiéndose intentado infructuosamente el cobro contra dicha entidad cooperativa la misma resulta que estando en liquidación , ha continuado actuando como si no lo estuviera, adoptando acuerdos en su contra, exigiendo documentación indebida e incluso dejando sin efecto acuerdos tomados por la asamblea en su perjuicio, por lo que se dirige la

acción contra los miembros del consejo rector, posteriormente ampliada al supuesto administrador de hecho, con base en los arts 50 de la Ley 5/98 art.133 EDL 1989/15265 art.135 EDL 1989/15265 .

Para el éxito de dicha acción individual de responsabilidad (en el caso de sociedades de capital) tiene declarado la jurisprudencia del T.S. en su Sentencia de STS 27-10-04 "que la llamada acción individual de responsabilidad, que pueden ejercitar los socios o los terceros contra los administradores por actos de estos que lesionen directamente sus intereses, presupone la concurrencia de un comportamiento, activo u omisivo, imputable al administrador y antijurídico (o, como establece el artículo 133, contrario a la ley, a los estatutos o realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, que no es otra que la exigible a un ordenado empresario y un representante legal, según el artículo 127 del mismo Texto); un daño a los intereses del socio o del tercero; y una relación causal que, como literalmente exige el artículo 135, debe ser directa entre el comportamiento y el resultado. Es constante la jurisprudencia al respecto precisando la de 23-06-04 "que el éxito de la acción individual de responsabilidad de los administradores exige la infracción por los mismos de la Ley o de los estatutos o el incumplimiento de la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal (artículo 135, en relación con el 133.1 y el 127, todos del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas). Además es preciso que, entre el comportamiento del administrador y el daño sufrido por el socio o el tercero, exista una relación causal directa (artículo 135). Así pues es preciso que entre sus actos y el daño sufrido por los socios o terceros exista una clara y directa relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, que los actos que se dicen realizados por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de socios o de terceros.

La STS de 3 de octubre de 2008 lo resume con claridad: *"..los miembros del Consejo Rector están obligados a desempeñar su cargo «con la diligencia de un ordenado gestor y de un representante leal», con la consecuencia de que deban responder «solidariamente frente a la Cooperativa, frente a los socios y asociados y frente a los acreedores del daño causado por dolo, abuso de facultades o negligencia grave» (art. 65.2º), por lo cual, cabe colegir de todo ello que la viabilidad de la acción individual de responsabilidad depende - como acertadamente entiende la sentencia recurrida-, de la necesaria acreditación de un daño patrimonial, y además, de que se pruebe que ese menoscabo está vinculado causalmente a un comportamiento doloso, abusivo o siquiera, gravemente negligente, de los miembros de dicho órgano gestor, lo que no es el caso."*

La principal dificultad, pues, que encuentra la viabilidad de la pretensión actora es que el citado precepto exige que la responsabilidad lo sea por "el daño causado" a los socios -en el caso que nos ocupa- por la falta de diligencia que es lo que se imputa a los demandados, y es lo cierto que de lo razonado hasta este momento no podemos concluir que se haya causado daño alguno a los demandantes: ni se ha probado la existencia de reparto de beneficios en el caso de que existieran en la cuantía y concepto pretendido, ni se ha probado que las cantidades devueltas por el concepto del art. 58 sean inferiores a lo procedente, ni se ha probado que se les restringieron con daño para ellos en sus derechos precisamente porque no existe una análisis contable fiable en el pleito que como carga de la prueba incumbía a la parte actora. Es este el pilar fundamental que debía sostener todo el inmenso alegato de errores que se denuncian (en número de 64 a lo largo de los 79 folios de recurso). Es impensable que una cuestión económica como la suscitada en autos de magnitud según se dice relevante, pretenda resolverse sólo con documental y pruebas de índole subjetiva que debían inevitablemente estar acompañadas de la técnica, incluso, para poder derivar la pretendida falta de diligencia de los administradores en relación al daño causado.

Desde esta perspectiva toda la argumentación relativa a la falta de nombramiento de auditor de las cuentas de 2007 carece de relevancia si no se le anuda un daño concreto para el socio y desde luego no es suficiente con elucubraciones tales como que no se ha hecho para que no se revele el "desvío indebido de 106 millones de pesetas" ni hacer mención a una serie interminable de errores de la sentencia de instancia con alegaciones nuevas en esta alzada que no se habían concretado en la demanda inicial, rechazables ahora como cuestiones nuevas (devolución de intereses, privación del derecho a estar en la lista para obtener una vivienda, retrasos en la devolución del dinero, obligación de comprar vivienda fuera de la cooperativa, error al no apreciar la juzgadora que la cooperativa estaba disuelta de pleno derecho cuando requirió a los actores...) o bien se denuncian errores cuya repercusión lesiva concreta en los actores no puede adivinarse por el Tribunal, por más que pudieran constituir irregularidades no hacen al caso respecto de la acción ejercitada. Otro tanto cabe decir en relación de la toma de acuerdos por el Consejo rector o por la Asamblea si es que no han sido impugnados, o de los 17 preceptos que a modo de resumen se citan como infringidos de la Ley gallega de Cooperativas.

Así las cosas ante la falta de prueba tanto del daño como de la relación de causalidad entre el daño presuntamente causado y la acción de los miembros del consejo rector demandados, se impone la confirmación de la sentencia de instancia y desestimación subsiguiente el Recurso.

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que desestimando el Recurso de Apelación formulado por D^a Marí Luz , D^a Adela , D. Pedro Jesús y D. Adrian representados por el Procurador D. José Manuel **Domínguez** Lino contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 722/09 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de esta ciudad la debemos confirmar y confirmamos íntegramente con imposición de las costas a los apelantes.

Se declara la pérdida del depósito constituido al apelar.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Presidente; D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, ponente y D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.