



Roj: **SAP M 9827/2013 - ECLI: ES:APM:2013:9827**

Id Cendoj: **28079370282013100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **07/06/2013**

Nº de Recurso: **284/2012**

Nº de Resolución: **180/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00180/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 284/2012

Materia: Sociedades cooperativas. Impugnación de acuerdos sociales.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 671/2010

### **SENTENCIA N° 180/2013**

En Madrid, a 7 de junio de 2013.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Pedro Mª Gómez Sánchez, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 284/2012, los autos del procedimiento ordinario número 671/2010, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, el cual fue promovido por D. Jose Luis , Dª. Mónica y D. Jose Enrique contra PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS, siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones en materia de cooperativas.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, el Procurador D. Antonio Gómez de la Serna Adrada y la Letrada Dª Nieves Sanz Álvarez por PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS, como parte apelante, y la Procuradora Dª. Elvira Encinas Lorente y la Letrada Dª. Minerva Sánchez Oco por D. Jose Luis , Dª. Mónica y D. Jose Enrique , como parte apelada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 25 de octubre de 2010 por la representación de D. Jose Luis , Dª. Mónica y D. Jose Enrique contra PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"se dicte sentencia condenando a la demandada a pagar a Don Jose Luis , la cantidad de CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SIETE EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS (41.407,16 euros), a Doña Mónica el importe total de TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA EUROS CON NOVENTA Y DOS CÉNTIMOS (37.380,92 euros); y a D. Jose Enrique la suma de TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON



NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS (38.383,93 euros); más los intereses legales desde la interposición de la presente demanda, y todo ello con expresa condena de las costas del procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO.- Tras seguirse el proceso por sus trámites correspondientes el Juzgado lo Mercantil nº 4 de Madrid dictó sentencia, con fecha 26 de julio de 2011, cuyo fallo era el siguiente:

"Que estimando la demanda que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 671/2010, seguidos a instancia de la Procuradora Doña Elvira Encinas Lorente, en nombre y representación de Don Jose Luis, Doña Mónica y Don Jose Enrique, contra PUERTA DE VICÁLVARO SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS, representado por el Procurador Don Antonio Gómez de la Serna Adrada, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a pagar a la parte actora:

A Don Jose Luis la cantidad de 41.407,16 euros.

A Doña Mónica el importe total de 37.380,92 euros.

A Don Jose Enrique la suma de 38.383,93 euros.

El interés legal devengado por cada una de estas cantidades desde la interposición de la demanda (lo fue el 25-10-10) y hasta la fecha de esta sentencia.

El interés de la mora procesal (576 LEC) desde la sentencia.

Se imponen las costas a la demandada".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar, tras la recepción de los autos con fecha 27 de marzo de 2012, a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 6 de junio de 2013.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que dan lugar al presente litigio se suscitan a raíz de la solicitud cursada por los demandantes para ser dados de baja como socios en PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS, las cuales fueron calificadas como justificadas por el Consejo Rector de dicha entidad en reuniones de 10 de diciembre de 2008 (las de D. Jose Luis y D. Jose Enrique) y 7 de enero de 2009 (la de D<sup>a</sup> Mónica). Dicho órgano social acordó la restitución de las aportaciones realizadas por los socios sin aplicarles retención, según les fue comunicado a los citados socios. De ahí que transcurridos los 18 meses previstos en los estatutos sociales los demandantes exigieran a la citada cooperativa la restitución de todo lo que habían aportado y, ante la falta de éxito de su iniciativa, acudieran luego a juicio reclamándole su pago.

La sentencia favorable en la primera instancia a los demandantes ha movido a la cooperativa demandada a interponer recurso de apelación contra aquella, esgrimiendo diversos argumentos que serán objeto de análisis en cada uno de los subsiguientes fundamentos de la presente resolución judicial.

Hemos de señalar, no obstante, que el debate que aquí subyace, que no es otro que el relativo a si el derecho de reembolso que los demandantes pretenden hacer efectivo habría desaparecido o no como consecuencia de la evolución negativa de la cooperativa, es decir, a causa de determinados quebrantos patrimoniales que esta califica como pérdidas y de las deudas por ella contraídas en el desarrollo de su objeto social, ya ha sido abordado por este tribunal en significativos precedentes. En concreto, en relación precisamente con los socios de la entidad aquí apelante-demandada, PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDA, hemos de tener presente las consideraciones que tuvimos ocasión de efectuar en la sentencia de esta sección 28<sup>a</sup> de la AP de Madrid de 25 de enero de 2013, muchas de las cuáles nos limitaremos a reproducir en el presente caso, además de añadir a ellas las que estimemos precisas dados los términos concretos del litigio que ahora nos ocupa.

SEGUNDO.- No podemos compartir la crítica que efectúa la apelante a las consideraciones que sobre la valoración de la prueba documental aportada con la demanda se efectúan en la sentencia. El nº 2 del artículo 326 de la LEC no prevé un catálogo cerrado de posibles medios probatorios que puedan resultar idóneos para



reaccionar contra la impugnación de un documento privado, sino que permite la proposición al respecto de cualquier medio de prueba que pueda resultar útil y pertinente para avalar su autenticidad; no hay, por tanto, por qué considerar como una infracción procesal que se pretenda avalar la autenticidad de un documento por un medio probatorio que no sea estrictamente la prueba de cotejo practicada por perito de designación judicial del modo previsto en el artículo 349.3 de la LEC .

Por otro lado, no apreciamos que el juez haya acudido, como se alega en el recurso, a aplicar una inversión de la carga de la prueba. Por contra, el juzgador valoró dicha documentación, exponiendo las razones que avalaban la verosimilitud de dichos medios probatorios, que nosotros también estimamos convincentes. El hecho de que determinados documentos privados hubiesen sido impugnados por la contraparte en sede litigiosa no impedía la apreciación de su valor probatorio en función de lo que el juez dedujese de las circunstancias del debate (sentencias de la Sala 1ª del TS de 22 de octubre de 1992 , 21 de febrero de 2008 y 29 julio 2010 ), pues de lo contrario se estaría dejando al arbitrio de la parte afectada la eficacia probatoria de los mismos, lo que carecería de sentido.

TERCERO.- El régimen jurídico aplicable al caso que aquí nos ocupa resulta integrado por la siguiente normativa:

a) según el artículo 55-1 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid , "Los Estatutos Sociales regularán el reembolso de las aportaciones al capital social, en su caso actualizadas, en el supuesto de baja en la cooperativa. La liquidación de las aportaciones se hará según el balance de situación correspondiente al semestre en que se haya producido la baja".

b) el artículo 14-1 de los estatutos de la cooperativa demandada no aclara en qué deba consistir esa correlación "aportaciones/balance de situación" dado que se limita a reproducir literalmente el texto del artículo 55-1 de la ley. No obstante, en vista de la función supletoria que la Disposición Final Cuarta de la ley madrileña atribuye a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas , de ámbito estatal, podemos deducir sin esfuerzo de la redacción del artículo 51 de esta última que la correlación entre dichos parámetros ("aportaciones/balance de situación") se refiere a la necesidad de deducir de las aportaciones reembolsables las pérdidas imputables que resulten del balance.

c) el régimen de imputabilidad al socio de las pérdidas aparece regulado en el artículo 29 de los estatutos de la cooperativa demandada, precepto estatutario que no hace otra cosa que reproducir el texto del artículo 61 de la ley madrileña que es del siguiente tenor:

"La imputación de pérdidas.

1. Las pérdidas extracooperativas y extraordinarias se imputarán a la reserva obligatoria o voluntaria y, si éstas fuesen insuficientes, la diferencia se recogerá en una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros beneficios, dentro del plazo máximo de siete años.

En el caso de que tuviese que reducirse el capital social en compensación de estas pérdidas se reducirán las aportaciones de los socios y asociados en proporción al capital suscrito por cada uno, pero en el caso de los socios se iniciará la imputación por las aportaciones obligatorias.

2. La compensación de las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con los socios habrá de sujetarse a las siguientes normas:

a).A la reserva voluntaria creada para este fin podrán imputarse la totalidad de las pérdidas.

b).A la reserva obligatoria podrá imputarse como máximo el 50 % de las pérdidas o el porcentaje medio de los excedentes operativos que se hayan destinado a las respectivas reservas en los últimos cinco años, o desde la constitución de la cooperativa si ésta tiene menos de cinco años de antigüedad.

c).La cuantía no compensada con las reservas se imputará a los socios en proporción a las operaciones o servicios cooperativizados realizados por cada uno de ellos con la cooperativa. Si estas operaciones o servicios realizados fueran inferiores a los que como mínimo está obligado a realizar el socio, conforme a lo establecido en los Estatutos, la imputación de las referidas pérdidas se efectuará en proporción a la actividad cooperativizada mínima obligatoria.

3. Las pérdidas imputadas a cada socio se satisfarán de alguna de las formas siguientes:

a).Con su pago en efectivo durante el ejercicio en que se aprueban las cuentas del anterior.

b).Con cargo a los retornos que puedan corresponder al socio en los siete años siguientes, si bien deberán ser satisfechas por el socio en el plazo de un mes si, transcurrido el período señalado, quedasen pérdidas sin compensar.



c). Con su pago mediante la reducción proporcional del importe desembolsado de las aportaciones a capital social. En este caso, el socio deberá desembolsar dicho importe en el plazo máximo de un año, en caso contrario se aplicarán los efectos de la morosidad previstos en el artículo 49.8.

d). Con cargo a cualquier crédito que el socio tenga contra la cooperativa, pudiéndolo fraccionar en los siguientes siete años.

La Asamblea general decidirá la forma en que se procederá a la satisfacción de la deuda de cada socio. En todo caso, el socio podrá optar por su pago en efectivo. Si se acuerda el pago mediante la reducción de las aportaciones a capital desembolsadas, la medida afectará en primer lugar a las aportaciones voluntarias."

CUARTO.- Del precepto referido en último lugar se infiere con claridad que la imputación de pérdidas a los socios constituye una opción residual para los supuestos en los que esas pérdidas no puedan haber sido compensadas mediante su cargo a la totalidad de las reservas voluntarias y al 50 % de las reservas obligatorias; sin embargo, en el supuesto que aquí nos ocupa ni de los alegatos vertidos por la cooperativa apelante ni de la documentación en la que ha intentado apoyar los mismos se infiere que se haya llevado a cabo imputación alguna a unas u otras reservas. Además, debería concurrir un acuerdo de la Asamblea General que decidiese la forma en la que cada socio hubiera de proceder a la satisfacción de la parte proporcional de las pérdidas que le resultase imputable y, sin embargo, en el caso examinado no consta que esa clase de acuerdo asambleario hubiese sido adoptado.

Pero lo más importante, como consideración previa y antecedente respecto de cualquier otra, es que para que resulte aplicable el sistema de imputación de pérdidas es conceptualmente imprescindible que, efectivamente, hubiese habido "pérdidas" y que estas se dedujesen precisamente del balance de situación correspondiente, entendiéndose por tales, como es natural, el resultado negativo de la actividad societaria en su conjunto que se comprueba periódicamente mediante una adecuada confrontación contable de los ingresos generados con los gastos incurridos. Pues bien, del balance acompañado a la contestación de la demanda, que además no es el de situación semestral como exige el artículo 14 de los estatutos sino el de final del ejercicio (2008), no se desprende que el mismo se haya saldado con un resultado de "pérdidas". Contrariamente, tanto el perito presentado por la parte demandante, el economista D. Hernan , como el propio auditor de la cooperativa (D. Marcelino - "AMO, MIRÓN, SAN SEGUNDO Y ASOCIADOS, S.A."), que también declaró en la vista del juicio, explicaron que en el ejercicio 2008 no se habían reconocido pérdidas contables (además, tampoco consta acreditado en autos que ello se hubiese producido en el primer semestre del subsiguiente ejercicio, mención ésta que realizamos porque la baja uno de los tres demandantes, a diferencia de los otros dos, fue efectiva a primeros de 2009). Pues bien, esta consideración ya determinaría de por sí la imposibilidad de detraer de las aportaciones reembolsables a los socios (cuya baja -no se olvide- fue considerada "justificada" por la propia cooperativa) cantidad alguna por el concepto de pérdidas imputables.

En realidad, pese a utilizar el término "pérdida", que en sentido amplio resulta en efecto predicable de cualquier quebranto patrimonial, de lo que nos habla la cooperativa apelante es de que en la hipótesis -que ella juzga no improbable- de que fuera necesario proceder a su inmediata liquidación por imposibilidad de continuar desarrollando su objeto social, habría entonces que considerar la disminución de valor que habría experimentado el patrimonio inmobiliario de la sociedad, que cuantifica en la suma de 26.325.625,15 euros, que no es otra cosa que el resultado de deducir del coste del terreno y gastos en él realizados - 77.702.538,42 euros- su actual valor previsible de venta en el mercado, cifrado por INNOTASA S.A. en la suma de 51.376.913,28 euros.

Por lo tanto, del hecho de que la apelante maneje un valor liquidatorio de su patrimonio y de que, además, pretenda imputar a los socios en este momento la parte proporcional de las deudas sociales contraídas, se deduce claramente que lo que hace es operar, no tratando -como aquí se trata- de calcular o liquidar el derecho al reembolso de aportaciones del socio que causa baja en una cooperativa en funcionamiento, sino que lo que pretende es calcular la cuota de liquidación prevista en el artículo 75 de la ley de cooperativas madrileña, que correspondería a cada socio una vez deducidas las deudas sociales y atendidas otras obligaciones legalmente prioritarias, como resultado final de un hipotético proceso de liquidación de la sociedad.

Tal planteamiento no resulta, sin embargo, admisible. El balance que ha de tomarse como referencia es el que forma parte de las cuentas sociales que, como no podría ser de otro modo, se ha confeccionado bajo los principios contables propios de una empresa en funcionamiento, avaladas en su corrección por auditor, sin que esta apreciación resulte enturbiada por la circunstancia -por lo demás habitual- de que en el informe de auditoría se incluyan dos "incertidumbres" concernientes a acontecimientos que, caso de realizarse, pudieran eventualmente poner en entredicho la continuidad de la cooperativa. Por lo demás, el auditor de ésta, D. Marcelino , cuyo parecer también fue recabado en el proceso, explicó que la valoración a referencia temporal diciembre de 2008 que, al margen de su labor auditora, le pidió que elaborase en el año 2010 el Consejo



Rector de la cooperativa, la hizo tomando en cuenta un hipotético escenario de liquidación de la cooperativa. Sin embargo, el criterio que presidió la confección de las cuentas, que sería la referencia adecuada según la normativa aplicable para resolver este litigio, fue el de continuidad de la sociedad, que era lo procedente según las normas contables, por muy relevantes que fuesen los riesgos de que en un futuro la liquidación de la cooperativa pudiera llegar a convertirse en un desenlace forzoso.

Ello no significa que los socios que causan baja puedan desentenderse completamente del devenir de la cooperativa en vista del especial régimen de responsabilidad que les afecta (el artículo 14-6 de los estatutos les impone responsabilidad durante cinco años por las deudas de la cooperativa anteriores al nacimiento del derecho de reembolso). Por lo demás, las dificultades económicas que la apelante nos refiere podrían, a lo sumo, constituir un obstáculo material para la efectividad de la sentencia, pero en ningún caso se erigirían en un impedimento para la declaración judicial del derecho que corresponde a los demandantes ni para la emisión del pronunciamiento condenatorio correspondiente.

QUINTO.- La invocación por la apelante de nuestra precedente sentencia de fecha 18 de septiembre de 2008 (rollo de apelación 494/2007 de la sección 28ª de la AP de Madrid) no puede favorecerle del modo que ella pretende, pues lo que ocurría en dicho caso era que las cuentas sociales estaban incorrectamente formuladas, constatándose una situación de pérdidas que intencionadamente se trataba de disimular acudiendo a determinados artificios contables para eludir que se hiciera patente una situación de desequilibrio patrimonial que obligara a la adopción de medidas tales como acudir a un expediente concursal o exigir cuantiosas aportaciones a los cooperativistas. De ahí que el tribunal considerase que no debía atenderse a la incidencia de tal manipulación contable para el cálculo de las liquidaciones, lo que poco tiene que ver con un debate como el que se suscita en el presente caso, donde no se dan tan peculiares circunstancias.

SEXTO.- La alusión que se efectúa, in fine, por la recurrente a la falta de pronunciamiento de la resolución apelada sobre una excepción de falta de legitimación opuesta en tiempo y forma por la parte demandada en relación con uno de los tres demandantes, el Sr. Jose Enrique , nos lleva a advertir a la apelante que las infracciones procesales que hubieran podido cometerse en la resolución apelada deberían haberse denunciado a través de los cauces correspondientes. La posibilidad de alegar en apelación la comisión en la instancia anterior de una infracción procesal exige la previa denuncia de que se ha incurrido en la misma precisamente en el momento oportuno para ello, según impone el artículo 459 de la LEC . Que la infracción haya podido ser cometida en la sentencia, como ocurriría con un defecto de incongruencia omisiva ( artículo 218.1 de la LEC ), y no en trámites previos a esa decisión final del juez, no significa que no exista un cauce de denuncia diferente al de la propia apelación, pues la ley contempla precisamente un mecanismo específico para la subsanación y complemento de resoluciones judiciales defectuosas o incompletas, el cual está previsto en el artículo 215 de la LEC . La utilización de esa vía, que está a disposición de las partes, entrañaría la tempestiva denuncia de la infracción procesal sufrida que exige el citado artículo 459 de la LEC .

La jurisprudencia ( sentencias de la Sala 1ª del TS 12 de noviembre y 16 de diciembre de 2008 , 28 de junio de 2010 , 11 y 28 de mayo de 2012 ) ha sido, además, especialmente rigurosa en cuanto al cauce que debe seguirse para poder denunciar la incongruencia omisiva (infra o citra petitum) por vía de recurso. En concreto, en la tercera de las reseñadas resoluciones, el Tribunal Supremo, con cita de las otras dos precedentes, señalaba que: "El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC , y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC , de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva".

De manera que si la parte demandada consideraba que la sentencia dictada en primera instancia debería haberse pronunciado, y no lo hizo, sobre su excepción, debió solicitar el oportuno complemento de la sentencia al amparo del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sólo desestimada tal pretensión cabría luego plantearla en apelación. No se trataba de un trámite potestativo, sino preceptivo, de modo que su no utilización en la primera instancia impide denunciar, vía apelación, la posible infracción procesal que hubiera podido ser cometida ( artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En cualquier caso, sólo hemos de añadir, siquiera a mayor abundamiento, que el alegato no merecería mayor trascendencia en tanto que lo reclamado era la restitución de las aportaciones y la devolución se efectuaría a quien de aquéllas procedían y que es quien consta como tal en el libro registro de socios. Por otro lado, tratar de aducir obstáculos, aunque sólo se haga de soslayo, cuando el problema suscitado no responde a la existencia de un interés contrapuesto entre el citado demandante (el Sr. Jose Enrique ) y el tercero al que se alude (la Sra. Emma ), que así lo ha manifestado en autos, no podría merecer un juicio favorable del tribunal.





SEPTIMO.- En materia de costas de la segunda instancia nos atenemos a lo establecido en el nº 1 del artículo 398 de la L.E.C . para los casos de desestimación del recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

#### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de PUERTA DE VICÁLVARO, SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en el juicio ordinario nº 671/2010. E imponemos a la parte apelante las costas derivadas de la segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD