

JULIO COSTAS COMESAÑA, “A obrigación de participar na actividade cooperativizada como conducta restrictiva da competencia (Comentario á resolución do TDC de 21 de marzo de 2001, expediente A 277/2000, Compra Mínima COFAS)” publicado no volume 22 (2001) de Actas de Dereito Industrial (páxs. 527 e ss.), así como a súa monografía O deber de abstención do socio nas votacións: (estudo dos conflitos de intereses agrupados no art. 52 LSRL), Valencia, Tirant o Blanch, 1999, pág. 213 e ss.

### III

No presente asunto, a Comisión Nacional da Competencia decretou o arquivo do expediente ao apreciar que os feitos denunciados non acreditaban a existencia dun pacto sobre prezos ou de repartición de mercados no seo de Transpeco SCG.

En relación coa suposta fixación de prezos, a investigación realizada puxo de manifesto que os prezos difiren entre Transfrío e Transpeco, sendo na primeira para algúns destinos máis baixos e para outros destinos máis altos, tanto antes como logo da modificación de prezos realizada no 2007 e que motivou a denuncia. Así mesmo, a cooperativa denunciada segue un sistema de subcontratación –habitual no sector- polo que se persegue encher os camións agrupando as cargas dos clientes nun único cliente, sen que resulte acreditado que Transpeco exclúa a Transfrío.

Doutra banda, respecto da repartición de mercados, a Comisión Nacional da Competencia conclúe que non cabe apreciar indicios dun cartel entre os transportistas autónomos ou entre estes e a cooperativa para impedir a entrada ao porto, como sucedeu noutros expedientes examinados pola autoridade de competencia nos que os transportistas creara un sistema de licencias ou cartóns de identificación para permitir o acceso ao porto que –na práctica- impedía que transportistas alleos á cooperativa puidesen prestar os seus servizos no porto afectado. Respecto dos feitos denunciados consistentes no lanzamento de pedras ou a causación de danos aos camións de Transfrío por outros medios, os servizos de competencia estiman que –ao non haberse podido identificar ás persoas que realizaron ditos actos-, non cabe concluír que os mesmos teñen a súa causa nun cartel entre os transportistas do porto da Coruña.

### IV

O expediente que comentamos é interesante por un dobre motivo. Por unha banda, porque confirma a plena vixencia do Dereito da competencia no seo das cooperativas, as cales deben fixar as condicións de participación

dos seus membros na actividade cooperativa sen impor restricións innecesarias á súa liberdade de actuación no mercado. Por outro, porque se trata dun novo expediente no sector das infraestructuras de transporte e – máis concretamente- no dos portos, o cal ten motivado numerosos expedientes sancionadores por parte da autoridade de competencia. Baste recordar, neste sentido, a coñecida resolución do entón Tribunal de Defensa da Competencia, de 19 de decembro de 2001, (Expte. 506/00, Transporte Mercancía Biscaia), na que se impuxeron multas por un importe total superior a un millón euros a un sindicato de transportistas do Porto de Bilbao por aplicar un convenio de tarifas para o transporte de carga no porto de Bilbao, ou a recente investigación aberta pola CNC relacionada con diversas actuacións no porto de Barcelona (véxase a resolución Expte R/Ou33/09 polo que se decreta a continuación da investigación

Cooperativismo e Enonomía Social, nº 32 (2009-2010), pp. 169-180

**“NON NECESIDADE DE OBTENCIÓN NA ASEMBLEA  
XERAL DA MAIORIA CUALIFICADA DE 2/3 PARA  
ACORDAR O CESE DA ENTIDADE DE XESTIÓN DUNHA  
COOPERATIVA DE VIVENDAS  
[ANOTACIÓN Á SENTENZA DA AUDIENCIA PROVINCIAL DA CORUÑA  
(SECCIÓN 6) NÚM. 58/2009, DE 20 DE FEBREIRO.  
PONENTE: ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. LEONOR CASTRO CALVO]”.**

Xacobo IZQUIERDO ALONSO

**Resumo.**

No Xulgado de Primeira Instancia e Instrucción núm. 3 de Santiago de Compostela, dictouse sentenza na que se desestimaba a demanda interposta por Don C. e Dona S. contra a entidade “Salgueiriños de Vivendas, Sociedad Cooperativa Limitada”, que quedou así absoluta dos pedimentos efectuados contra dela.

Na devandita demanda instábase a declaración de nulidade duns determinados acordos adoptados no seu día pola Asemblea Xeral da citada demandada así coma dos acordos adoptados polo Consello Rector en execución dos anteriores ou, subsidiariamente, a súa anulabilidade.

A tal pretensión baseabase nos seguintes fundamentos:

a) A consideración de que precisábase a maioría cualificada de 2/3 para adoptar a decisión do cese da entidade “M. S.L.” que levaba a xestión da cooperativa (punto 2 da orde do día).

b) En conexión co anterior, a denuncia de que existía un conflito de intereses no punto 3 da orde do día –establecemento de retribucións do Consello Rector- pese o cal, os membros deste permaneceron na mesa e votaron.

c) A nulidade dos acordos adoptados pola Asemblea que facultaban ao Presidente e ao Consello Rector para executar os trámites precisos a fin de executar o acordado no punto 2 (en concreto: efectuar as xestións conducentes á rescisión do contrato e interpoñer accións na defensa da cooperativa), pois a concesión das tales facultades non se atopaba incluída na orde do día, sendo adoptadas por órgano non competente (a competencia correspondería ao Consello Rector por se tratar de asuntos relativos á xestión da cooperativa).

Desestimada a demanda e apelada a Sentenza do Xulgado ante a Audiencia Provincial por Don C., sería tamén desestimado o recurso de apelación contra a sentenza da primeira instancia. Para o Tribunal de apelación non existe causa de nulidade nin de anulabilidade, asumindo os razonamentos da sentenza da primeira instancia, que da por reproducidos na súa propia resolución.

E, deseguido, a sentenza de apelación insiste nos aspectos que se expoñen –de xeito sintético- a continuación.

No primeiro lugar, non considera precisa a maioría cualificada de 2/3 para acordar o cese de “M. S.L.” coma entidade de xestión da Cooperativa. Fronte a alegación do apelante, que considera precisa a dita maioría por analoxía co art. 120 da Lei 5/98 de Cooperativas de Galicia, considera o tribunal que a tal aplicación analóxica non cabe, xa que o precepto citado regula un suposto antitético ao do caso, xa que esixe a dita maioría cualificada precisamente para ceder a xestión da cooperativa a un terceiro. No suposto da litis os membros da entidade pretenden recupera-la xestión, sendo ademais, en todo caso, a analoxía, de aplicación restrictiva.

Xa que logo, desbotada a aplicación do artigo 120 da Lei 5/98, a Sala entende que é de aplicación o artigo 37 da Lei de Cooperativas de Galicia, segundo o cal abonda coa maioría simple.

Ademais a Sala da Audiencia fai salientar que á vista da amplitude das facultades e prerrogativas que a Lei de Cooperativas de Galicia e os Estatutos da mesma cooperativa confiren á Asemblea Xeral, permitíndolles incluso destituir aos membros do Consello Rector por maioría simple, sería absurdo e contrario a Dereito e á lóxica, o aplicar extensivamente as esixencias de maioría cualificada a un suposto coma o do caso, no que soio se trata do cese da entidade á cal, no seu intre, confíarase a xestión material e ordinaria da sociedade.

En relación ao conflito de intereses entre os membros do Consello Rector e a sociedade, á vista da orde do día, o que determinaría que,

segundo o apelante, os mesmos deberían terse abstido de votar, a Audiencia entende que coma o único punto no que tal conflito podería se producir era o terceiro –establecemento de retribución ao Consello Rector- que sería retirado non sendo obxeto, xa que logo, nin de debate nin de votación, quedaría consecuentemente desautorizado o motivo invocado polo apelante.

En canto a alegada nulidade dos acordos adoptados pola Asemblea mediante os que se faculta ao Presidente e ao Consello Rector para excutar os trámites precisos para levar a cabo o acordado no punto 2 da orde do día –o cese de “M. S.L.” coma xestora da cooperativa-, en concreto para efectuar as xestións conducentes á rescisión do contrato e interpoñer accións na defensa da cooperativa, a causa invocada polo apelante era que non se atopaban incluídos na dita orde do día, tendose adoptado por órgano non competente, alegándose a este respecto que, por corresponderse con asuntos relativos á xestión da cooperativa á competencia correspondía ao Consello Rector.

Tamén neste punto o xulgador en apelación confirma a sentenza apelada, pois considera que o texto finalmente aprobado é consecuencia clara do debatido. Segundo razoa, a orde do día cumpre a función de enunciar os temas a tratar, non sendo preciso que, na enunciación dos temas a debatir, sexan esgotadas todas as vías de diálogo ou sexan prantexadas todas as hipóteses de traballo. Ben ao contrario, o contido e a súa concreta formalización ten que xurdir do debate.

No caso axuizado a Sala considera, por unha parte, que tra-lo debate do cese da entidade de xestión da cooperativa e decidido éste, o lóxico e inherente á decisión é que se faculte aos directivos para levaren a cabo o acordado.

Por outra parte, a mesma Sala tamén rexeita o argumento relativo á falta de competencia da Asemblea para facultar ao Consello Rector no sentido indicado: se Asemblea é o órgano rector da Cooperativa, con facultades atribuídas por lei para nomear e destituir aos membros do Consello Rector e demais decisións importantes, a que aquí se cuestiona estaría dentro das súas competencias.

#### **Anotación.**

A principal cuestión que xurde da lectura da sentenza anotada, da que trataremos aquí, é o da pertinencia ou non da aplicabilidade de xeito analóxico ao caso da maioría cualificada de 2/3 que esixe o artigo 120.4 da

LCG para o caso no que a asemblea das cooperativas de vivendas acorde a cesión da administración e xestión da promoción de vivendas e locais, ao suposto de que a propia cooperativa queira recuperar a dita administración e xestión, previamente cedidas.

En relación a un dos outros extremos obxecto da apelación –o pretendido conflito de intereses- no houbo ocasión de que éste se poidera producir, xa que o punto supostamente problemático non chegou a xerar conflito ningún ao ser retirado da orde do día e non dar lugar a acordo da asemblea de socios.

A outra cuestión debatida –a pretendida nulidade dos acordos adoptados pola asemblea consistentes en facultar ao Presidente e ao Consello Rector para realizar os trámites precisos para levar a cabo a execución do acordo previamente adoptado sobre o cesamento da entidade xestora da cooperativa, por non estar o outorgamento daquelas facultades na orde do día- cabe dicir que o razoamento da sentenza anotada resulta obvio: a enunciación dos temas a debater non pode esgotar toda-las hipóteses de traballo e, ademais, neste caso, resulta evidente a competencia da Asemblea para debater e votar tal asunto. Relembremos ao respecto que a enunciación de competencias da asemblea xeral que efectúa o artigo 31 da LCG non ten carácter pechado, establecendo ademais no seu apartado 1.n) que lle corresponde en exclusiva á asemblea xeral “*todos los demais acordos nos que así o establezca a lei ou os estatutos*”. E compre ter en conta, tamén, que o mesmo precepto, no apartado 2 sinala que “*poderá debate-la asemblea sobre cantos asuntos sexan de interese para a cooperativa, sempre que consten na orde do día, pero unicamente poderá tomar acordos obligatorios en materias que esta lei non considera competencia exclusiva doutros órganos sociais*”, delimitándose así negativamente a competencia da asemblea. O consello rector é o órgano de goberno xestión e representación da sociedade cooperativa: a asemblea, co acordo cuestionado, non pretende levar a cabo directamente as necesarias actuacións conducentes a execución do acordado: sinxelamente, só faculta ao Consello Rector para que desenvolva a dita execución, entendéndose que no marco das competencias propias da reitoría.

Sobre a cuestión debatida e resolta pola Audiencia que afecta ao cesamento da entidade xestora da cooperativa de vivendas mediante acordo da asemblea de socios pola maioría do artigo 37 da LCG, relembremos que as ditas cooperativas de vivendas, “*están constituídas principal e maioritariamente por persoas físicas que precisen aloxamento e/ou locais para si e as persoas que convivan con elas*”, aínda que advertindo deseguido que “*tamén poder ser*

*socios os entes públicos, os entes sen ánimo de lucro mercantil e as cooperativas que precisen aloxamento para aquelas persoas dependentes deles que teñan que residir, por razón do seu traballo ou función, no contorno dunha promoción cooperativa ou que precisen locais para o desenvolvemento das súas actividades*<sup>1</sup>. Xurden así estas cooperativas para contribuir á cobertura dunha necesidade esencial no desenvolvemento vital e social das persoas, satisfacendo asemade o dereito recoñecido constitucionalmente a disfrutar dunha vivenda digna e axeitada<sup>2</sup>. A atención prioritaria a esta necesidade implica, dende o punto de vista cooperativo, que as cooperativas de vivendas teñan por obxecto “*procurar vivendas preferentemente habituais e/ou locais para os seus socios*”<sup>3</sup>, o que se traduz que só as persoas físicas que pretendan conquistar unha vivenda por este medio poderán formar parte destas cooperativas de vivendas.

Como resulta obvio, a promoción de vivendas por medio de cooperativas, xuntando recursos e esforzos un grupo de persoas, persigue o abaratamento dos custos e a adquisición dunha vivenda a un precio axeitado ás posibilidades do suxeito e inferior ao que o produto vivenda acadaría no mercado. Principalmente, o dito abaratamento de custos conquistaríase mediante a supresión de intermediarios e, entre éstos e de xeito salientabel- o do promotor de vivendas.

Sen embargo, a promoción e construción de vivendas resulta unha actividade de enorme complexidade –económica, legal, técnica- que, de feito, resultaría un obstáculo insuperabel para unha cooperativa na maior parte das ocasións se éstas non poideran contar co apoio profesionalizado na xestión. Apresentase así o fenómeno da “externalización” da dirección técnica da propia cooperativa nunca empresa de servicios allea, xurdindo desta maneira a figura do xestor de cooperativas.

Compre decir ante todo que este alleamento da xestión semella non casar ben coa propia natureza intrínseca da cooperativa, que responde mais ben ao principio de *autoxestión* e que ten como corolario a directa participación do socio na actividade daquela<sup>4</sup>, aínda que, como se ten

---

<sup>1</sup> Lei 5/1998, do 18 decembro, de cooperativas de Galicia (no sucesivo LCG), D.O.G. nº 251, de 30 de decembro, art. 120.1, modificado pola disposición adicional sétima da Lei 18/2008, de 29 de decembro, de Vivenda de Galicia (D.O.G. nº 13, de 20 de Janeiro).

<sup>2</sup> Vid. art. 47 da Constitución.

<sup>3</sup> LCG, art. 120.2, párrafo primeiro, modificado pola Lei 18/2008.

<sup>4</sup> “*A xestión e o goberno da sociedades cooperativa correspóndenlles exclusivamente a esta e ós seus socios* (art. 1.2 LCG).

observado, as cooperativas galegas responden mais ben a un réxime de “autoxestión atenuada”<sup>5</sup>, o que se manifesta na posibilidade de que poidan sairen elixidos administradores non socios (entre persoas físicas e ata un 25% dos membros do consello rector, se o prevén os estatutos<sup>6</sup>). Lembremos ao respecto como a Lei de 1931 prohibía de xeito tallante a atribución das funcións de dirección ou xestión a terceiros<sup>7</sup>, albiscándose neste punto unha evolución no plano legislativo cara a admisión no organo rector de persoas non socias, sen dúbida obedecendo ao sentir de adapta-las cooperativas as duras circunstancias duns mercados que esixen unha meirande competencia técnica e especializada que garantan as responsabilidades fronte a terceiros e o bó fin da actividade.

Pero é que, ademais, en concreto, no ámbito das cooperativas de vivendas acentuase a necesidade da admisión dunha xestión profesionalizada: os coñecementos e esforzos que require a actividade promocional de vivendas, por unha banda, mais os riscos derivados da actuación nun sector xerador (polo menos ata hai ben pouco) de elevadas plusvalías, producen dúas esixencias no plano legal de indubidabel trascendencia: dunha parte, a dedicación en exclusiva ás tarefas rectoras da cooperativa, incompatíbeis coa pertenza simultánea ao consello reitor de mais dunha cooperativa; outra, a necesaria gratuidade no desenvolvemento do cargo<sup>8</sup>. En definitiva, o “deplazamento xestor”<sup>9</sup> da cooperativa en favor de persoas ou entidades alleas ao círculo cooperativo resulta inevitabel.

---

<sup>5</sup> GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L.: Las cooperativas gallegas: reflexiones sobre su régimen jurídico en la ley 5/1998 de cooperativas de Galicia, Santiago de Compostela, CECOOP, 2005, p. 125.

<sup>6</sup> En sentido semellante a “Ley 27/1999, de 16 de xullo, de cooperativas” (no sucesivo LC), estatal (B.O.E. nº. 170, de 17 de xullo): “*Los Estatutos podrán admitir el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socios, en número que no exceda de un tercio del total, y que en ningún caso podrán ser nombrados Presidente ni Vicepresidente. Salvo en tal supuesto y el previsto en el artículo anterior, tan sólo podrán ser elegidos como consejeros quienes ostenten la condición de socios de la cooperativa*” (art. 34.2).

<sup>7</sup> Decreto de 4 de xullo de 1931 (Gaceta de 7 de xullo), declarado lei por lei de 9 de setembro de 1931 (Gaceta de 10 de setembro): “*Son condiciones legales necesarias para todas las cooperativas... 3ª. Que ninguna función directiva o de gestión esté vinculada en persona o entidad determinadas, ni sea delegada en Empresa gestora alguna*” (art. 1, párrafo segundo).

<sup>8</sup> Artigo 120.5 da LCG:

“*Ningunha persoa poderá ser membro, simultaneamente, do consello reitor en mais dunha cooperativa de vivendas.*”



Así o recoñecía a Ley estatal de 1987, aínda que sometendo a estas cooperativas que ostentasen a dita xestión profesionalizada á necesidade de se someteren a unha auditoría externa, o que amosa a desconfianza coa que lexislador afrontou esta figura<sup>10</sup>. Pola súa parte, o R. Decreto 2028/1995, de 22 de decembro<sup>11</sup>, que estableceu as condicións de acceso á financiación cualificada estatal das vivendas de protección oficial promovidas por cooperativas de vivendas e comunidades de propietarios ao amparo dos planos estatais de vivendas, racionaliza dalgún xeito esa desconfianza, manifestando no seu Preámbulo, en relación a aqueles casos de promocións encetadas por cooperativas de vivendas, do xeito seguinte: “*en no pocos casos la falta de capacidad de gestión o de recursos de los asociados o comuneros, aconseja y, hasta hace obligado, el asesoramiento de expertos para llevar a buen término la promoción, pero en las que no cabe desconocer la existencia de un fenómeno, como es la aparición de empresas cuyo objeto social es precisamente la gestión profesionalizada de tales cooperativas y comunidades de propietarios, que, aun siendo positivo para estructurar la demanda, puede conllevar el riesgo de desvirtuar el sentido solidario que caracteriza a estos tipos de asociación y a estas promociones de viviendas*”<sup>12</sup>. A preocupación por protexer o dito sentido

---

*Os membros do consello reitor en ningún caso poderán percibir remuneracións ou compensacións polo desempeño do cargo, sen prexuízo do seu dereito a seren resarcidos polos gastos que lles orixine”.*

No mesmo sentido o artigo 129.6 da “Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas” (BOE nº. 84, de 8 de abril) e o artigo 89.6 da LC.

<sup>9</sup> PAZ CANALEJO, N.: Alcance y significado de la norma, en Ley General de Cooperativas, Tomo XX, Vol 3º, Artículos 67 al final, comentados por Narciso Paz Canalejo y Francisco Vicent Chuliá, EDERSA, 1994, en Sección Cuarta, “De las cooperativas de viviendas”, del Capítulo XII, “De las clases de cooperativas”: Artículo 129: “Objeto y ámbito”, p. 687.

<sup>10</sup> “*Las Cooperativas de Viviendas, antes de presentar las cuentas anuales..., deberán someterlas a auditoría externa, en los ejercicios económicos en que se produzca alguno de los siguientes supuesto: c) Que la Cooperativa haya otorgado poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector*”. En sentido semellante, o artigo 91.1.c) da vixente LC. Idem o artigo 138 da Ley 2/1999, de 31 marzo, andaluza de cooperativas, B.O. da Junta de Andalucía nº. 46, de 20 de abril.

<sup>11</sup> B.O.E. nº. 14, de 16 de xaneiro.

<sup>12</sup> Reproducimos reseguído polo seu interese o artigo 1.b), párrafos primeiro y tercero, do dito R.D. 2028/1995, no que se fixan as cautelas que deben observar as relacións cooperativa – persoa ou entidade xestora:

*“En el supuesto de que las cooperativas otorguen mandatos o poderes de representación para el desarrollo de la gestión de la promoción, tales mandatos o poderes*

solidario e á propia cooperativa da mala praxis de entidades de escasa competencia profesional ou empresarial, subliñase no artigo 3 de mesmo R.D. 2028/1995, que establece a necesidade de que as cooperativas de vivendas, ao tempo de solicitaren a financiación cualificada, acrediten a capacidade técnica e profesional da xestora para levar a cabo a xestión da promoción.

No Dereito galego de cooperativas, explicitase na LCG o recoñecemento da figura do xestor de cooperativas do seguinte xeito: “*as cooperativas de vivendas administrarán e xestionarán de forma directa a promoción de vivendas e locais, e non poderán cederlles tal xestión a terceiras persoas mediante ningún título, agás acordo da asemblea xeral adoptado polos dous tercios dos votos presentes e representados, sen prexuízo da posibilidade de requirir expertos externos para cuestións puntuais*”<sup>13</sup>. Precepto éste, que debemos relacionar co establecido no número 3 do artigo 32 da mesma Lei, que permite que o consello reitor poida conferirlle apoderamentos de facultades representativas a calquera persoa por medio de escritura pública, que deberá ser inscrita no correspondente rexistro de cooperativas: os ditos apoderamentos terán como base, unhas veces, unha relación laboral e, outras, unha relación de servizos cunha persoa allea. No caso das cooperativas de vivendas, sempre que elo implique atribución de facultades de administración e xestión, deberá mediar o acordo por maioría cualificada da asemblea de socios.

A irrupción desta figura do xestor da cooperativa implica derivacións importantes cara a delimitación de responsabilidades polo exercicio da actividade promotora e que se deben determinar á luz do disposto na Lei 38/1999, de 5 de novembro, da Edificación<sup>14</sup>, que fornece, segundo á xeneralidade da doutrina, unha nova conceptualización da promoción.

---

*deberán ser expresos y conferidos por escrito, los mandatarios o apoderados actuarán siempre en nombre y por cuenta de la cooperativa y de acuerdo con las instrucciones de ésta, deberá constar expresamente en el contrato la prohibición del mandante de que el mandatario nombre sustituto y no podrán admitirse cláusulas de irrevocabilidad del mandato o poder, ni de exoneración de la responsabilidad del mandatario o apoderado.*

...

*Las facultades establecidas en los mencionados mandatos, poderes o contratos deberán referirse sólo a los actos de administración propios de la gestión de la promoción, sin que, en ningún caso, puedan extenderse a actos de dominio o a aquellos en los que sea preceptivo el acuerdo del Consejo rector o de la Asamblea general de la cooperativa.”*

<sup>13</sup> Artigo 120.4 da LCG.

<sup>14</sup> B.O.E. nº. 266, de 6 de novembro.

En efecto, a xurisprudenza anterior á Lei 38/1999 igualaba a figura do promotor (silenciada polo Código Civil) á do contratista aos efectos da responsabilidade decenal por vicios na construción do artigo 1591 de Código, aínda que deixando fora desta equiparación ao denominado promotor-mediador, que sería aquél que non obra para producir vivendas para o mercado e obter así un lucro económico, concepto este no que atoparían o seu encadramento as cooperativas de vivendas<sup>15</sup>. Pero sí acadarían a dita cualificación de promotor (e, xa que logo, quedarían suxeitas á responsabilidade decenal) as entidades nas que as cooperativas delegaran a xestión da edificación e que, actuando como promotoras na realidade do tráfico, non limitasen a súa xestión a tarefas colaterais (coma, por exemplo, o asesoramento)<sup>16</sup>.

Esta concepción cambia a partires da dita Lei 38/1999, que no seu artigo 9.1 considera promotor *“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”*. En definitiva, o dato de non produciren vivendas para o mercado trócase irrelevante á hora de cualificar a unha cooperativa como promotor e, xa que logo, quedarían submetidas ao réxime de responsabilidade civil que a propia Lei 38/1999 establece no seu artigo 17. O que procura o redactor da Lei 38/1999 é a determinación dun suxeito responsable perante os subseguintes adquirentes e sucesivos titulares da vivenda.

Porén, a estos efectos, a interposición de persoalidade xurídica cooperativa ante as persoas dos socios, adoece dunha singular febleza, propia da súa posición mediadora, pois como fai notar Tato Plaza<sup>17</sup>, doutrina e xurisprudenza coinciden en entender que durante a construción o socio é copropietario tanto dos fondos aportados como do construído,

---

<sup>15</sup> *“... el promotor se define en el régimen de responsabilidad del art. 1591 como la persona que encarga una construcción por su cuenta y en beneficio propio, con intención de vender los pisos y locales resultantes de su división horizontal a terceros, que además ejerce un control en la ejecución de la obra y en la contratación del constructor y de los técnicos y que por dedicarse profesionalmente a la promoción inmobiliaria genera una expectativa a los compradores de los pisos y locales de conformidad del inmueble...”* (PERTÍNEZ VILCHEZ, FRANCISCO: Comentario a la STS de 16 de diciembre de 2004, RJ 2005,272; C. Civitas, sep.dic. 2005, núm. 69, pp. 1276 y 1277).

<sup>16</sup> Vid. TATO PLAZA, A.: “As cooperativas de vivendas e a condición de promotor na Lei 38/1999”, en AAVV. As cooperativas de vivendas na Lei galega de cooperativas, CECOOP, Universidade de Vigo, 2007.

<sup>17</sup> TATO PLAZA, A., cit., p. 69.

sendo substituída a súa cota de participación por un dereito de propiedade individual no intre da adxudicación da vivenda, o que leva a consideración de promotores dos propios socios.

Mas, por outra parte, as cooperativas de vivendas adoitan valerse, como xa queda dito, dos servizos dun xestor que supla as súas carencias de profesionalidade na administración do emprendimento constructor. Estes xestores poden actuar dende dúas posicións xurídicas fundamentais: ben coma simples representantes ou mandatarios, que actúen como tales dende o punto de vista tanto formal coma material, ou ben coma auténticos promotores, empresarios da xestión inmobiliaria con plena capacidade decisoria e que planifican a construción de vivendas baixo o prisma formal non da súa venda ao mercado senon da súa adxudicación a socios dunha cooperativa por eles mesmos promovida.

Ben, pois o artigo 17.4 da citada Lei 38/1999 sinala que *“la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas”*. E decir, exténdese á responsabilidade do promotor a aqueles xestores que non se limitan a seren simples mandatarios, sen capacidade decisoria ningunha, senon a aqueles que adoptan a iniciativa e asumen as decisións fundamentais sobre a promoción da edificación; en suma actúan coma promotores de feito.

A distinción dunha e outra situación é unha cuestión que deberá estimarse no caso concreto, tendose apuntado pola doutrina distintos dados a valorar<sup>18</sup>; así estaríamos fronte a un promotor se actuase en base a un

---

<sup>18</sup> A STS 1279/2007, de 13 de decembro, RJ/2008/329, no seu Fundamento de Dereito Quinto, recolle a seguinte conceptualización de promotor para o período anterior a vixencia da Lei 38/1999: *“La jurisprudencia viene admitiendo la incorporación del promotor al proceso constructivo desde la STS de 11 de octubre de 1974 y declara que en él se reúne generalmente en la misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación. Para definir la posición típica del promotor, la fórmula tónica jurisprudencial señala como elementos determinante: a) que la obra se realice en su beneficio; b) que se encamine al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes hayan confiado en su prestigio comercial; d) que haya sido el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos”*. No mesmo Fundamento engade: *“La intencionalidad lucrativa como característica del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción debe entenderse abandonada a partir de la nueva regulación”* o que, de xeito indirecto, semella validar os demais requisitos que non sexan os da dita intencionalidade lucrativa.