

**IMPUGNACIÓN DE UN ACUERDO DE LA ASAMBLEA
GENERAL QUE DOTA DE CARÁCTER RETROACTIVO
A UN ACUERDO ANTERIOR AFECTANDO A
ANTIGUOS SOCIOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA
N.º 263/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID DEL 7 DE MAYO DE 2018**

*CONTESTATION OF THE ANNUAL GENERAL MEETING'S
AGREEMENT, WHICH ATTRIBUTES RETROSPECTIVE NATURE
TO ANOTHER AGREEMENT, AFFECTING, THE RECORRE,
OLD PARTNERS. COMMENTARY OF THE JUDGMENT
NUMBER 263/2018 OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF
MADRID, PRONOUNCED THE 7TH OF MAY OF 2018.*

ISABEL SÁNCHEZ CABANELAS*

* Avogada do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela. Dirección de correo electrónico: isabel.cabanelas@gmail.com.

El objeto de este comentario es la sentencia n.º 263/2018 de 7 de mayo de 2018 dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se estima el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR contra la sentencia dictada el día 19 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid en autos de juicio ordinario n.º 460/2012. Imponiendo las costas a la parte actora.

1 ANTECEDENTES

MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR, es una sociedad cooperativa madrileña de viviendas que en alguna de sus fases ya concluidas entregó, a parte de sus socios, viviendas por importe inferior a su valor de construcción con la firma de escritura pública y subrogación en el préstamo hipotecario correspondiente.

La Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR, con posterioridad a la entrega de las viviendas, adopta en la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 un acuerdo que dota de carácter retroactivo a un acuerdo previo de la misma Asamblea de fecha 4 de junio de 2011 en el que se establecía lo siguiente: “A partir de esta Asamblea I. No permitir la escrituración de una vivienda en un precio inferior al coste real de ejecución de la misma, cuando éste haya sido superior al precio de adjudicación propuesto en el título de adjudicación”.

A consecuencia de este acuerdo, un grupo de socios que ya habían recibido sus viviendas de la Cooperativa por un precio inferior al de su coste deciden interponer una demanda contra la Cooperativa alegando nulidad del acuerdo adoptado por la Asamblea General el 25 de febrero de 2012.

La demanda es resuelta por el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid el 19 de noviembre de 2015. El juzgado estima totalmente la demanda que a su vez es recurrida en apelación por la Cooperativa ante la Audiencia que falla el 7 de mayo de 2018 estimando el recurso interpuesto por la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI-EL BALCÓN DE COLMENAR contra la sentencia dictada por el Juzgado.

2 COMENTARIO

En el fallo recurrido, el Juzgado de lo Mercantil estimaba totalmente la demanda interpuesta por cincuenta socios contra la Sociedad Cooperativa Madrileña MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR, declarando nulo el acuerdo que la cooperativa había adoptado en la Asamblea General de 25 de febrero de 2012

que dotaba de carácter retroactivo al acuerdo adoptado en la Asamblea General de 4 de junio de 2011. La sentencia impone las costas a la parte demandada.

El acuerdo de 25 de febrero de 2012 cuya nulidad se insta, establecía lo siguiente: “Aplicar con carácter retroactivo a todos los socios de la Cooperativa (socios de 1ª y 2ª Fase con vivienda entregada a precio inferior a coste) la medida adoptada en la Asamblea General de 4 de junio de 2011, por lo que deben aportar la diferencia entre el coste real de sus viviendas respecto de su precio de adjudicación”.

El acuerdo de 4 de junio de 2011 cuya retroactividad se pretendía, establecía lo siguiente: “A partir de esta Asamblea I. No permitir la escrituración de una vivienda en un precio inferior al coste real de ejecución de la misma, cuando éste haya sido superior al precio de adjudicación propuesto en el título de adjudicación”.

La aplicación con carácter retroactivo de este acuerdo de la Asamblea, en virtud del acuerdo cuya nulidad se pretende, implica que todos los socios, incluidos los socios de la primera y la segunda fase de la Cooperativa que ya tenían entregada su vivienda por un precio inferior al de su construcción, estarían obligados a aportar la diferencia entre el coste real de las viviendas y el de su precio de adjudicación, de acuerdo con las condiciones que fije la Asamblea.

Los socios demandantes, se verían pues afectados por el acuerdo del 25 de febrero de 2012 porque todos ellos habían recibido sus viviendas de la cooperativa por un precio inferior al de su coste pese a que la firma de las escrituras de adjudicación de las viviendas con la subrogación en los préstamos hipotecarios correspondientes cumplía todos los requisitos legales.

En el escrito de DEMANDA los antiguos socios de la cooperativa alegaban los siguientes motivos para invocar la nulidad del acuerdo impugnado:

1º.- Alegaban defectos de forma en la convocatoria de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 al entender que se había vulnerado el artículo 32 de la Ley 4/1999 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. En el citado artículo la Ley establece que la convocatoria de la Asamblea General se debe de hacer mediante un anuncio destacado en el domicilio social de la cooperativa y además en cada uno de los centros de trabajo, así como mediante una carta dirigida al domicilio de los socios o por otro medio que garantice su recepción.

En el caso que nos ocupa, la convocatoria de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012 en la que se adoptó el acuerdo objeto de impugnación, se efectuó a través de la página web de la cooperativa madrileña y por correo electrónico a los socios. Los socios demandantes entienden que con este procedimiento de convocatoria “no se ha garantizado la recepción de la convocatoria de la Asamblea General Extraordinaria pudiendo el consejo rector convocar solo a aquellos socios a quienes los acuerdos que se iban a adoptar eran favorables”.

2º.- Alegaban igualmente la vulneración del derecho de información que asiste a todos los socios de las cooperativas ya que según sostienen en la convocatoria de la Asamblea no se aporta documentación contable alguna que permita acreditar que el coste real de las viviendas adjudicadas es superior al importe entregado en el momento de la adjudicación.

3º.- Alegaban además de lo anteriormente expuesto, la infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y de los artículos: 2.3, 6.3, 1.256, 1.462 y siguientes del Código Civil.

4º.- Por último, alegaban que con el acuerdo impugnado la Cooperativa vulneraba la doctrina de los propios actos.

A sensu contrario, en su escrito de CONTESTACIÓN a la demanda, la Cooperativa formulaba las siguientes alegaciones:

Con carácter previo, la demandada, alegaba falta de legitimación activa por parte de los actores en tanto ya no eran socios de la COOPERATIVA MELCO XXI- EL BALCÓN DE COLMENAR en el momento de interponer la demanda.

Entrando ya en el fondo del asunto objeto de la demanda, la “supuesta nulidad” del acuerdo de la Asamblea General de 25 de febrero de 2012, la Cooperativa alegaba que tal nulidad no existe pues:

1º.- No se produce defecto de forma en la convocatoria de la Asamblea General tal como pretende la actora porque la convocatoria fue enviada y recibida por correo electrónico a los socios y en ningún momento del procedimiento se acredita que esa convocatoria fuese enviada solo a una parte de los socios como sostiene la parte demandante.

2º.- Tampoco se produce vulneración del derecho de información de los socios porque los demandantes en ningún momento solicitaron, ni la Cooperativa les negó, documento alguno relativo a la Asamblea. Así las cosas, la Cooperativa no infringió ninguna norma relativa a la aportación de documentos y su puesta a disposición de los socios con carácter previo a la celebración de la Asamblea.

3º.- Por último, sostiene la Cooperativa que el dotar de carácter retroactivo al acuerdo de la Asamblea de 4 de junio de 2011 no supone gravar con nuevas obligaciones a los socios, antes bien, lo que se pretende con ese carácter retroactivo es que las liquidaciones provisionales se ajusten según el precio real de la vivienda tal como se había pactado en la Cooperativa.

Vistos ambos escritos, de demanda y de contestación, el Juzgado de lo Mercantil nº10 de Madrid, dicta sentencia el 19 de noviembre de 2015 estimando la pretensión de la actora al entender que se produce una vulneración del artículo 114 de la Ley 4/199, porque entiende que en la promoción de las viviendas no ha habido de facto fases por lo cual las cantidades reclamadas a los propietarios que ya tienen adjudicada su vivienda legalmente deberían de haberse reclamado por la Cooperativa en el momento oportuno pero nunca después de la adjudicación

mediante escritura pública. No aprecia igualmente falta de legitimación activa de los demandantes como pretendía la Cooperativa porque, según el Juzgado “no se puede sostener al mismo tiempo que los socios están obligados a pagar la diferencia entre el coste real de la vivienda y el precio de adjudicación y luego negar su legitimación”. Por último, no aprecia enriquecimiento injusto de los socios.

Frente a este fallo del Juzgado de lo Mercantil, la Cooperativa demandada interpone RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia alegando defecto de INCONGRUENCIA en el fallo, con vulneración del artículo 24 de la Constitución.

La Audiencia dicta la sentencia nº263/2018 el 7 de mayo de 2018 dando la razón a la recurrente pues entiende que la resolución recurrida presenta defecto de incongruencia en las argumentaciones referidas a la inexistencia de enriquecimiento injusto por parte de los socios, al no haber sido incluida tal pretensión por la Cooperativa en el suplico de la contestación a la demanda. Es, por tanto, este motivo de ausencia de enriquecimiento injusto, lo que lleva al Juzgado a entender que se ha producido una violación del artículo 114.6 de la Ley 4/1999 que implica la nulidad del acuerdo impugnado. Entiende la Audiencia que el Juzgado ha sustentado la nulidad del acuerdo en la vulneración de un artículo no invocado por la demandante dando lugar a un fallo viciado con defecto de incongruencia.

Al margen del defecto de incongruencia del fallo del Juzgado y respecto a la falta de legitimación activa de los antiguos socios, que es el primer motivo de oposición a la demanda alegado por la Cooperativa, entiende la Audiencia, igual que antes entendió el Juzgado, que no existe tal falta de legitimación pero no por los motivos invocados en el fallo de instancia, sino por otro motivo bien distinto “el interés legítimo”, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 4/1999 en relación con el artículo 24 de la Constitución española.

Sostiene la Audiencia que los socios que ya tienen adjudicadas sus viviendas por debajo del precio de costo y que han interpuesto la demanda que da origen a este procedimiento se van a ver afectados por las reclamaciones que contra ellos dirija la Cooperativa a consecuencia de la ejecución del acuerdo objeto de la demanda. Serán pues, los intereses económicos de los socios, causa suficiente de interés legítimo para que puedan ser actores en este procedimiento.

En cuanto a la primera causa de nulidad recogida en la demanda, la existencia de vicio en la convocatoria al no haberse respetado los procedimientos señalados en la ley para convocar y no haberse acreditado que todos los socios recibieron esa convocatoria, sostiene la Audiencia que no puede prosperar esta causa de nulidad ya que “al margen de que la nulidad se sustente en realidad en una hipótesis- que algunos socios no hubieran sido convocados- no propiamente en un defecto legal, y que no se relaciona además con los demandantes, el Tribunal Supremo tiene declarado que el socio que es consciente de la existencia de alguna infracción legal en la convocatoria de la junta de socios o en la constitución de dicha junta y no

la pone de manifiesto para que pueda ser subsanada actúa de un modo contrario a la buena fe... los defectos en el proceso de adopción del acuerdo requieren la denuncia en momento oportuno”.

Descartada pues, la nulidad por la causa anteriormente citada, la Audiencia pasa a analizar el siguiente motivo de nulidad invocado, la irretroactividad de las normas. Sobre este asunto entiende la Audiencia que según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo no se produce tal vulneración, pues el artículo 9.3 de la Constitución que recoge la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables y las restrictivas de derechos individuales, no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, que no es otro que la impugnación de un acuerdo social. Asimismo, sostiene la Audiencia, que tampoco es una causa de nulidad la supuesta vulneración de la doctrina de los propios actos pues “el acuerdo impugnado difícilmente puede resultar contrario a la doctrina de los propios actos pues su alcance no es otro que expresar la voluntad de la Cooperativa de reclamar determinada diferencia. Serán los actos concretos de reclamación en relaciones jurídicas individuales los que quedarán afectados en su caso por la citada doctrina, por la confianza generada con el otorgamiento de escrituras de adjudicación y entrega de las viviendas una vez terminadas, lo que no debe confundirse con el denominado Fondo de Compensación”.

Por último, la Audiencia se pronuncia negando la supuesta vulneración del artículo 115 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, al entender que de darse esta vulneración nada tiene que ver con el acuerdo cuya nulidad se pretende, sino que “lo que se reprocha en este caso no es que el acuerdo vulnere dicho precepto, sino que la Cooperativa, en su actuación, no ha cumplido con las obligaciones derivadas del desarrollo de la Cooperativa por fases”.

3 CONCLUSIÓN

La respuesta que da la Audiencia sobre la posible nulidad de un acuerdo social que dota de carácter retroactivo a otro anterior y que puede obligar a socios que ya han recibido sus viviendas a pagar la diferencia entre el precio real de la vivienda y el de adjudicación, es que tal nulidad no puede fundamentarse, al margen de defectos formales, ni en la doctrina de los propios actos ni mucho menos en la irretroactividad de las normas porque con el acuerdo impugnado la Cooperativa pretendía manifestar la voluntad de ejercitar el derecho a reclamar la diferencia entre el coste real y el precio de adjudicación a todos los socios, incluidos los que ya hubiesen recibido las viviendas y ese derecho a reclamar como tal derecho no vulnera ninguna norma.