



Universidad
Zaragoza



Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

Marta Arechavaleta Díaz-Calderón

Con objeto de analizar las posibilidades de recurso
ante un supuesto de incongruencia e indebida
aplicación del principio *pendente appellatione nihil
innovetur*

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Facultad de Derecho

Diciembre 2017

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO Y CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR.....	5
II.	NORMATIVA APLICABLE.....	8
III.	RAZONAMIENTO JURÍDICO.....	8
1.	CUESTIONES SUSTANTIVAS.....	8
1.1.	La condición de socio.....	9
1.2.	La condición de adjudicatario.....	10
1.3.	La responsabilidad del socio como adjudicatario.....	13
1.4.	Jurisprudencia sobre la responsabilidad de los socios por deudas derivadas de la adjudicación de viviendas.....	16
2.	CUESTIONES PROCESALES.....	20
2.1.	Análisis del recurso de apelación.....	20
2.3	Prohibición de la <i>mutatio libelli</i>	21
2.2	Principio <i>pendente appellatione nihil innovetur</i>	23
2.4.	Tratamiento de los hechos nuevos o de nueva noticia.....	23
2.5.	Congruencia de la sentencia.....	26
IV.	DESARROLLO. POSIBLES SOLUCIONES JURIDICAS TRAS LA APELACIÓN.....	28
V.	CONCLUSIONES.....	32
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	34
VII.	SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.....	35
VIII.	ANEXO.....	36
8.1.	Documento Núm. 1. Sentencia, Juzgado de Primera Instancia Núm. 12 de Zaragoza, 9/2010.	
8.2.	Documento Núm. 2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Civil, Sec. 5ª, 76/2010.	

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo/Artículos
AP/AAPP	Audiencia Provincial/ Audiencias Provinciales
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
(CE)	Del Consejo Europeo
Disp.	Disposición
Ej.	Ejemplo
FD	Fundamento de Derecho
LCAr	Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.
LCFA	Ley 4/2005 de Casación Foral Aragonesa
LCoop	Ley 27/1999 de Cooperativas
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
p./pp.	Página/Páginas
RAE	Real Academia Española
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RECEIP	Recurso Extraordinario por Infracción Procesal
RJ	Referencia de Westlaw

ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Núm./Nº	Número
Vol.	Volumen

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

Se emite Dictamen por Marta Arechavaleta Díaz-Calderón, Abogada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, acerca de la posible viabilidad de un recurso extraordinario por infracción procesal con fundamento en la incongruencia y la indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*, en nombre y representación de la sociedad cooperativa de viviendas «SCV».

A fin de aclarar la perspectiva sobre el caso y proponer la solución jurídica más ajustada para los intereses de nuestro cliente, de los documentos aportados para realizar el dictamen se deducen los siguientes:

IX. ANTECEDENTES DE HECHO Y CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR

Las partes implicadas en el caso son: como parte demandante, la cooperativa de viviendas SCV y como parte demandada, D. Carlos Ramírez Sanz.

PRIMERO.- La demandante está llevando a cabo una promoción de viviendas conocida como «los Olivos», y de la cual el demandante es adjudicatario de una de las viviendas promovidas desde el 20 de enero de 2016, cuando todavía era socio integrante de la cooperativa. Se realizaron por parte de D. Carlos Ramírez Sanz dos de los tres pagos fraccionados destinados a la construcción de la vivienda que se le adjudicó.

SEGUNDO.- El 9 de enero de 2017, D. Carlos Ramírez Sanz solicitó su baja, sin obtener respuesta sobre la misma de la cooperativa, en su lugar SCV le contestó que seguía teniendo una deuda con ellos por la vivienda que le fue adjudicada.

TERCERO.- Tras varios requerimientos sin respuesta, SCV le reclamó a D. Carlos Ramírez Sanz en procedimiento monitorio 27.000 €.

CUARTO.- Tras el escrito de oposición al requerimiento de pago, la parte actora formuló demanda de juicio ordinario en la que se reclamaban a D. Carlos Ramírez Sanz 23.000€ más intereses legales y costas. La deuda había descendido por una modificación en los criterios de reparto del coste de ejecución. Se admitió la demanda, y el siguiente escrito de contestación, en el que se pedía la absolución de D. Carlos Ramírez Sanz.

QUINTO.- Se señaló celebración de la audiencia previa, en ella se introdujeron por la sociedad SCV, alegaciones complementarias que justificaban la procedencia de la deuda a razón de la adjudicación de una vivienda a D. Carlos Ramírez Sanz de la fase llamada «Los Olivos». La audiencia previa se llevó a cabo con el resultado que se recogió en autos y por medio de grabación. Se propusieron pruebas y se celebró el juicio.

SEXTO.- Se dictó sentencia, la cual se adjunta en el Anexo como **documento Núm. 1**. Según los fundamentos de derecho de dicha sentencia, la sociedad cooperativa SCV reclamaba a D. Carlos Ramírez Sanz el pago de 23.000€, por las derramas de contribución a los gastos de construcción.

SÉPTIMO.- La reclamación de la actora se basaba en que D. Carlos Ramírez Sanz era socio y adjudicatario de la construcción de una de las casas promovidas por la sociedad cooperativa, a lo que el demandado se opuso alegando que las pretensiones no eran fundadas, ya que se había dado de baja.

OCTAVO.- De esta forma, la cuestión controvertida en los fundamentos de derecho se redujo a la determinación de si el demandado tenía o no la condición de socio. Se probó la solicitud de baja en la cooperativa, y no se probó que el Consejo Rector de esta notificase ningún acuerdo al demandado con respecto a la misma, por lo que se determinó que se había producido la baja justificada del antiguo socio.

NOVENO.- Justificándolo en que D. Carlos Ramírez Sanz ya no era socio, se sentenció que la reclamación no podía prosperar, se procedió a la desestimación de la demanda y se absolvió a D. Carlos Ramírez Sanz de las pretensiones en su contra.

DÉCIMO.- Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación. La segunda sentencia es dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en respuesta a este recurso de apelación, sentencia que se adjunta en el Anexo como **documento Núm. 2**. En la sentencia se admite que en su escrito el recurrente formula dos tipos de alegaciones: las que defienden que subsiste la obligación de pago con independencia de la condición de socio y las que afirman que el demandado no ha perdido la condición de socio.

Entre las del primer tipo no se reclama por la condición de socio, sino por la de adjudicatario, alegando los artículos 22 y 47 del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

UNDÉCIMO.- Sin embargo, la Audiencia Provincial de Zaragoza sostiene que ya en la audiencia previa el único hecho controvertido quedó fijado en la condición de socio, no en la de adjudicatario, y da la razón a la parte apelada cuando invoca el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, estimando que al introducir hechos nuevos se habían alterado los términos del debate en primera instancia.

Llegados a este punto, deberemos determinar, como cuestiones jurídicas sustantivas, si se da subsistencia de la condición de socio así como su responsabilidad como adjudicatario en el caso de haberse causado baja.

Además, el recurso de apelación será una de las cuestiones jurídicas procesales a analizar, ya que debemos determinar si el principio *pendente appellatione nihil innovetur* ha sido correctamente aplicado por ser realmente la condición de adjudicatario una cuestión nueva planteada por primera vez en el recurso de apelación, o de lo contrario, fue un error del tribunal acoger este principio por haber sido la condición de adjudicatario introducida ya en el debate en primera instancia.

Deberemos determinar también si las sentencias de primera y segunda instancia fueron incongruentes con el *petitum* de la demandante, al no haber entrado el juzgador a conocer sobre todas las cuestiones en las que el actor fundamenta su tutela jurídica.

A la luz de las respuestas a las cuestiones anteriores, la estrategia procesal a seguir será interponer dos clases de recursos para restablecer el derecho de nuestro cliente. Por un lado, el recurso de casación foral aragonés, al amparo de los artículos 479 y 477.2.3º de la LEC y la Ley de Casación Foral Aragonesa. De otro lado, recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de lo establecido en los artículos 469.1.3º y 470 de la LEC, argumentando sobre la incorrecta aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* e incongruencia omisiva. Ambos recursos se interpondrán en el plazo de veinte días desde el día siguiente a la notificación de la resolución de la Audiencia Provincial.

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas y la elección de la estrategia procesal más adecuada a seguir, se puede acudir a la siguiente normativa, doctrina y jurisprudencia, que resulta de aplicación a las mismas:

X. NORMATIVA APLICABLE

- Constitución Española
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas
- Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.
- Ley 4/2005 de Casación Foral Aragonesa.

XI. RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. CUESTIONES SUSTANTIVAS

En el ámbito del derecho comunitario, contamos con el Reglamento (CE) nº1435/2003 que se refiere al estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) con el fin de permitir y regular la constitución de SCE por entidades jurídicas sujetas a legislaciones de distintos Estados miembros o por particulares residentes en distintos Estados miembros. Este reglamento no será aplicable para el caso que nos ocupa, ya que nuestra representada desarrolla su actividad con carácter principal en España, concretamente en Aragón.

Para el ámbito estatal rige la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante LCoop). Esta ley se aplica de forma subsidiaria en general, y excepcionalmente, cuando la cooperativa desarrolle su actividad en varias Comunidades Autónomas y no se desarrolle en una de ellas con carácter principal¹ y en Ceuta y Melilla (Disp. Adicional 1ª LCAr y art. 2.a-b LCoop). Además contamos también en este ámbito con el Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de Registro de Sociedades Cooperativas y con la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de las Sociedades Cooperativas, que establece un tratamiento fiscal especial para este tipo de entidades.

¹ MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 181.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

En el ámbito autonómico, por el artículo 149.3 CE se ven conferidas competencias exclusivas en materia de cooperativas por los Estatutos de Autonomía. La mayoría de las Comunidades Autónomas han aprobado leyes sobre cooperativas en las que se dedican artículos exclusivos a las cooperativas de viviendas.

En Aragón deberemos acudir concretamente al Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón (en adelante LCAr) así como supletoriamente a la Ley estatal. Por lo tanto, estas son las leyes que regirán para las cuestiones sustantivas del caso que nos ocupa.

1.1. La condición de socio.

Tanto en primera como en segunda instancia se discute la condición de socio por las partes y posteriormente se niega por el tribunal, absolviendo a D. Carlos Ramírez Sanz. Procede analizar por lo tanto si D. Carlos Ramírez Sanz ostenta la condición de socio o no, para lo cual en este caso deberemos determinar legalmente si se puede considerar su baja como justificada.

En la LCAr, se regula la baja de socio en la cooperativa, concretamente en su artículo 22, se establecen las reglas que deberán seguirse para el procedimiento de baja de los socios y de los compromisos asumidos con anterioridad a la baja. En este artículo se establece que se podrá causar baja voluntaria en la cooperativa observando el plazo de preaviso establecido en los estatutos, que no será mayor a tres meses.

En la LCoop, ley estatal de aplicación supletoria a la de Aragón, se reconocen los derechos del socio en su artículo 16. Especialmente en la letra f) se reconoce el derecho del socio a la baja voluntaria. El procedimiento para ejercer este derecho se regula a continuación en su artículo 17, según este procedimiento los socios podrán darse de baja de la cooperativa en cualquier momento, mediante un preaviso escrito al Consejo Rector. Tras ello este se encargará de la calificación y determinación de la baja y sus efectos, debiendo formalizarla en tres meses, salvo que los estatutos establezcan un plazo distinto, a contar desde la fecha de efectos de la baja, por escrito motivado y comunicado al socio interesado. Tras este plazo, en caso contrario a la formalización, el

socio podrá considerar su baja como justificada para su liquidación y reembolso de las aportaciones al capital, pero no se extinguirán sus deudas ni anteriores responsabilidades con la cooperativa.

Puesto que nuestro demandado solicitó su baja el 9 de enero de 2017, tras pasar tres meses sin resolución expresa del Consejo Rector calificando y determinando su baja y efectos, y únicamente con un escrito de comunicación dirigido a D. Carlos Ramírez Sanz en el que se recordaban sus deudas con SCV, se deberá considerar su baja justificada automáticamente por el artículo 22 de la LCAr y supletoriamente por el artículo 17 de la LCoop.

1.2. La condición de adjudicatario.

En la primera sentencia dictada, no se hace mención de la condición de adjudicatario. En la segunda sentencia sí menciona dicha condición, y se entra a conocer, pero afirmando que al alegarlo ahora por la parte actora se altera el debate sostenido en primera instancia, por haberse centrado este únicamente en la condición de socio. Por ello se dice en segunda instancia que se ha infringido el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, contraviniendo doctrina y el principio de apelación limitada del art. 456 LEC.

A pesar de ver infringido este principio, la Audiencia entra a conocer en su sentencia sobre la condición de adjudicatario, sin acoger ninguno de los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, determinando que no existe certeza sobre la deuda de D. Carlos Ramírez Sanz.

Según la argumentación del tribunal, las aportaciones que los socios realizan para sufragar el coste de la construcción no ostentan la naturaleza de la adjudicación, ya que la compraventa es un negocio distinto, y añade que no tiene nada que ver con la responsabilidad personal que el socio pueda tener con respecto a terceros por las deudas sociales anteriores a su baja.

Esta argumentación se fundamenta en dos motivos en los que ahondaremos por separado. Por un lado se dice que no estamos ante una adjudicación sino ante una compraventa, lo que nos obliga a definir la naturaleza jurídica de la adjudicación, y por otro lado deberemos diferenciar entre la responsabilidad personal del socio con respecto

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

a terceros por deudas sociales adquiridas con anterioridad a su baja y la responsabilidad con la cooperativa tras la misma.

La sociedad cooperativa de viviendas puede tener por objeto, entre otros, la construcción y adjudicación de viviendas, así lo establece el artículo 89.1 LCoop.

Según la RAE, adjudicar es «asignar o atribuir algo a personas o cosas», con origen en el latín *adjudicatio*, es la acción y efecto de adjudicar, apropiarse de algo, obtener, conquistar, o declarar que una cosa corresponde a una persona u organización, por este medio se pasa a ser propietario o responsable. De distinta manera, el artículo 1145 del CC define la compraventa y establece que «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». Tras un análisis de este precepto, podría entenderse que estamos ante una compraventa normal, en el caso de entender que D. Carlos Ramírez Sanz no pertenecía a la cooperativa al firmar el contrato, puesto que sería un tercero quien se la hubiera vendido. Pero como pertenecía a la cooperativa en ese momento, no puede considerarse el negocio como una compraventa efectiva, sino como una adjudicación que se le hizo como socio y con su consentimiento.

Asimismo, el objeto de la sociedad cooperativa de viviendas es el de construir en común para cubrir la necesidad de los socios de adquirir en propiedad una vivienda. No se trata, por lo tanto, de obtener una ganancia económica a repartir posteriormente entre los socios, sino de construir y adjudicar la vivienda a precio de coste para los que estén interesados.

Existen únicamente dos clases de beneficios legalmente establecidos para una cooperativa de viviendas: los beneficios extracooperativos, que estarían constituidos únicamente por los derivados de terceros no socios, por ejemplo por la venta de productos o la oferta de servicios en bares o locales comerciales (artículo 57.3 LCoop) y los beneficios extraordinarios por las plusvalías resultantes de las operaciones de enajenación del inmovilizado, debiendo estos ser autorizados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (artículo 4 LCoop). La adjudicación de viviendas no se encuentra entre los beneficios de la sociedad cooperativa de viviendas.

Como consecuencia, las sociedades cooperativas de viviendas no pueden considerarse como sociedades que tengan «ánimo de lucro» en el sentido estricto del término del artículo 116 del CCom. Sin embargo, ROSA MILÀ² aclara que el término ánimo de lucro tiene varias acepciones y que la ausencia de intención lucrativa de las sociedades cooperativas es relativa. Algunos autores adoptan una interpretación más amplia de este concepto, incluyendo tanto la obtención de un beneficio económico como el ahorro económico que los socios pueden tener al unirse a la cooperativa con el fin de obtener una vivienda más económica que la que obtendrían en el mercado normal. Cabe añadir que, según VARGAS VASSEROT³, la cuestión del ánimo de lucro no reside en el beneficio, sino en la forma de reparto, que puede hacerse diversificado, y puede resultar un aprovechamiento para el socio, que obtiene financiación de inmovilizado y circulante a costo cero. En cualquier caso no hay ningún autor que asimile la adjudicación a una compraventa.

La teoría de que la sociedad cooperativa no tiene carácter lucrativo está relacionada con la que dice que en la cooperativa desaparece el intermediario y que a los socios se les atribuyen los beneficios sociales directamente, desapareciendo parcialmente el intermediario.

Asimismo, en el ámbito tributario, el término adquiere un significado específico, ya que la LCoop, en su Disp. adicional 1ª, reserva la calificación de «sociedades cooperativas sin ánimo de lucro» para sociedades de este tipo que recibirán el régimen de cooperativas fiscalmente protegidas si cumplen un mínimo de requisitos.

Debemos concluir sobre la primera de las argumentaciones del tribunal, que la adjudicación es, efectivamente, un negocio distinto de la compraventa. Resulta fundamental tener en cuenta la Disp. Adicional 5ª de la LCoop, que establece que las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionados por las sociedades cooperativas a sus socios, ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros no tendrán la consideración de ventas.

² MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2012, pp. 179-200. (<http://www.tesisenred.net/handle/10803/101417>)

³ VARGAS VASSEROT, C., *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 125-129.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

Por todo lo anterior, estaríamos claramente ante un caso de adjudicación, ya que se le reclama al antiguo socio el precio de coste de la construcción para la que él dio su propio consentimiento de que se le atribuyera. No existe ánimo de lucro ni se produce beneficio alguno para la sociedad SCV por este negocio jurídico, que supone además un ahorro directo en el precio de la vivienda para el socio.

En cuanto a la segunda de las razones por las que el tribunal de la AP rechaza la consideración de la adjudicación, cuando el tribunal arguye que se trata de una responsabilidad personal del socio con terceros, yerra, ya que no se trata de una deuda con ningún tercero, sino de una deuda adquirida con la propia cooperativa a la que pertenecía D. Carlos Ramírez Sanz , responsabilidad que subsistirá tras la baja según el siguiente apartado.

1.3. La responsabilidad del socio como adjudicatario.

Las argumentaciones de los tribunales que juzgan el caso, en cuanto a la responsabilidad del demandado, omiten mencionar qué sucede con los compromisos que hayan sido adquiridos por el socio con anterioridad a la baja.

La adjudicación de la vivienda de la cooperativa es un compromiso u obligación adquirido durante la permanencia del socio en la Cooperativa, y por ello es también el fundamento jurídico principal de la parte actora en cuanto a la reclamación de la deuda.

En la LCAr, se regula expresamente la responsabilidad de los socios que causen baja. A este respecto, su artículo 22 establece que se producirá la baja sin perjuicio de los compromisos «asumidos con la cooperativa con anterioridad a la baja», de tal manera que todo socio dado de baja mantendrá su responsabilidad respecto de este tipo de obligaciones.

El artículo 47 LCAr, sobre la responsabilidad del socio, en su segundo párrafo, viene a establecer que «el socio que cause baja en la cooperativa responderá personalmente por las deudas sociales, durante los cinco años desde la pérdida de la condición de socio, por las obligaciones contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja, hasta el importe reembolsado o pendiente de reembolsar de sus aportaciones al capital social».

La LCoop, determina la responsabilidad del socio de la cooperativa en su artículo 15, respecto a las obligaciones y responsabilidades de los socios. Su punto cuarto se ve redactado de la misma forma que en la LCAr, pero contiene más notas que nos interesa destacar:

- «1. Los socios están obligados a cumplir los deberes legales y estatutarios.
- 2. En especial, los socios tendrán las siguientes obligaciones:
 - a) Cumplir los acuerdos adoptados por los órganos sociales de la cooperativa.
 - e) Cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan.
- 3. La responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad ».

Conviene matizar que las entregas de fondos que realizan los socios, y los pagos que se satisfagan para la obtención de los servicios propios de la misma no están integradas en el capital social, así se establece en el artículo 55.2 LCAr. En relación con el artículo 55.2, el artículo 53.e) LCAr regula el derecho del socio que causa baja al reembolso de las aportaciones al capital social, obligando al demandado a atender el coste de construcción de la vivienda adjudicada por tratarse de una obligación adquirida con anterioridad a la solicitud de su baja de manera ajena a la condición de socio y a la condición de aportación al capital social.

Asimismo, el demandado, como socio de la cooperativa tenía derecho a impugnar, cuando pertenecía a SCV, los acuerdos sociales con los que no estaba conforme. Para ejercer ese derecho a impugnar el acuerdo social de la adjudicación, debería cumplir los requisitos que exige la ley, y que son estipulados en el artículo 31.4 LCoop, para los acuerdos decididos por Asamblea general y 37.2 LCoop, para los acuerdos decididos por el Consejo Rector. Sin embargo, el demandado no impugnó ninguno de los acuerdos sociales en relación con la adjudicación que ahora adeuda a mi representada.

Tras la baja del socio, que como ya se ha reflejado más arriba se regula en el artículo 22 de la LCAr, subsisten algunas de sus responsabilidades. En el segundo párrafo, apartado a) de este mismo artículo se establece que en el caso de que la Asamblea General de socios haya adoptado acuerdos de inversión, financiación o cualquier aportación

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

extraordinaria, y estos sean objeto del recurso, el socio que no haya recurrido deberá permanecer durante el plazo establecido y participar en el acuerdo convenido. En caso de incumplir, el socio enfrentará la responsabilidad contraída.

D. Carlos Ramírez Sanz es adjudicatario de la número 20 de las casas de la promoción «los Olivos», tal y como se describe en la Escritura otorgada ante Notario, de crédito abierto con garantía hipotecaria. Y como es adjudicatario desde el 20 de enero de 2016, a pesar de la baja, deberá responder del compromiso frente a la cooperativa y satisfacer el coste de la misma mientras no exista un nuevo socio que lo pueda sustituir en sus responsabilidades.

En el párrafo segundo del artículo 89.5 de la LCoop, de aplicación supletoria conforme a la Disp. Final 1ª LCoop, se establece que «las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones del socio al capital social, deberán reembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio».

Este, interpretado a *sensu contrario*, prevé la obligación del socio de continuar respondiendo del coste de la vivienda adjudicada, aún en el supuesto de su baja, mientras no sea sustituido en su responsabilidad por otro socio de la cooperativa.

A mayor abundamiento, las cooperativas deben regirse siempre por los principios democráticos y de mutua ayuda, por lo tanto cada adjudicatario de una vivienda deberá responder del coste de la vivienda impagada por D. Carlos Ramírez Sanz, en tanto el impago de dicho coste por cualquiera de los adjudicatarios produciría un empeoramiento de la situación del resto de adjudicatarios e incluso puede suponer la paralización de las obras de construcción por imposibilidad de hacer frente a los costes o la asunción por el resto de adjudicatarios del coste de la vivienda del socio que se ha dejado de pagar, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa para poder terminar las viviendas y ser entregadas a los legítimos adjudicatarios.

No existe nuevo socio en la cooperativa que pueda sustituir a D. Carlos Ramírez Sanz, por lo que deberá ser él quien responda de la deuda. De lo contrario, en aplicación de los principios democráticos y de mutua ayuda, esta debería ser asumida por el resto de socios que han cumplido con todas sus obligaciones, siguiendo las normas de los

artículos 1137 y 1138 del CC. Esto no debe permitirse ya que D. Carlos debe la última cuota de la vivienda que se le adjudicó, no puede ser sustituido por otro socio y esto supondría un enriquecimiento injusto que es rechazado de plano por la jurisprudencia, como veremos en el siguiente apartado.

1.4. Jurisprudencia sobre la responsabilidad de los socios por deudas derivadas de la adjudicación de viviendas

Como regla general, y debido al principio de responsabilidad limitada, los socios de una sociedad cooperativa responden frente a terceros de forma limitada, y así lo establece el artículo 15 LCoop en su tercer punto. La responsabilidad del socio «por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad».

Sin embargo la doctrina jurisprudencial excepciona esta regla, de acuerdo a la cual en las actividades que la cooperativa desarrolla al servicio y por cuenta y riesgo de cada socio, el socio responderá ilimitadamente con todo su patrimonio. Esto es así por considerarse que al pertenecer a la cooperativa se están gestionando sus propios intereses, que confían a la cooperativa de forma que supone la asunción de un riesgo propio⁴. De esta forma cabe deducir que cuando sea una cooperativa de consumo, se asumirá el riesgo del coste de adquisición de los bienes, y cuando sea una cooperativa de viviendas, como es nuestro caso, el socio deberá pagar el coste de construcción de esta.

Esta excepción pretende resolver los casos en los que la cooperativa de viviendas ha adjudicado viviendas sin previo pago de las cuantías necesarias, y proteger a terceros como la constructora o los suministradores de materiales que en caso de impago pueden ver insatisfechas sus prestaciones.

La STS, Sala 1ª, 18 de junio de 1991 (RJ 1991,4522) afirma que «los socios que hayan sido integrados en una concreta promoción de viviendas vienen obligados a costear, con independencia de sus aportaciones societarias, los gastos constructivos de la vivienda que le fuera adjudicada, y ello, por supuesto, no supone incompatibilidad o contradicción alguna con el principio de responsabilidad limitada [...] máxime, cuando

⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Tirant Lo Blanch, 14ª Edición, Valencia, 2001, p. 920.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

los débitos derivados de la construcción de una vivienda adjudicada a un socio determinado, no pueden equipararse a las [deudas] sociales propiamente dichas » (FD 3º).

«Tratándose [...] de una obra de viviendas y locales [...], siendo Promotora la Cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas [...] estos son co-promotores y [...] adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la Constructora, las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos como adjudicatarios [...]» (FD 4º)

También con esta línea de argumentación se encuentran las Sentencias STS, 1ª, 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958), 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803) y 22 de marzo de 1992 (RJ 1992, 4277).

El fundamento jurídico por el que el tribunal imputa la responsabilidad a los socios para este tipo de casos se fundamenta en el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto⁵. Ya que en caso de incumplirse, los cooperativistas obtendrían un incremento patrimonial derivado de la adjudicación, sin haber contribuido proporcionalmente en las derramas que les corresponden, lo que llevaría consigo un empobrecimiento de un tercero, que podría ser el suministrador, el constructor o los demás socios de la cooperativa que han contribuido al incremento del valor de dicha edificación.

En relación con la teoría del enriquecimiento injusto, la responsabilidad de los socios es parciaria o mancomunada, en el sentido del artículo 1138 del CC, con base en el incremento patrimonial que haya tenido cada uno de los socios en relación con su aportación para la vivienda, excepto pacto en contrario⁶.

Así lo establece la STS, Sala 1ª, 9 de febrero de 2012 (RJ 2012,3786): «la sentencia recurrida exige un nuevo requisito centrado en el carácter subsidiario de la acción de

⁵ MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 432.

⁶ STS, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 2011(RJ 2012, 34).

enriquecimiento, cuya exigencia es discutible, aunque ha sido admitida por esta sala en las SSTs 402/2009, de 12 de junio y 1348/2006, de 29 de diciembre, entre otras»

A favor de la subsidiariedad la STS Sala 1ª, de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012,31) señala: «el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto no era unánimemente exigido por la jurisprudencia [...] sin embargo no es menos cierto que la jurisprudencia mantiene el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto en defecto de acciones específicas, como remedio residual o subsidiario, pues si existen acciones específicas, estas son las que deben ser ejercitadas y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el ejercicio de la acción de enriquecimiento» (FD 5º).

Tampoco debe perderse de vista la doctrina consolidada del TS que considera la promoción de viviendas como una forma de autopromoción en la que los socios que integran la cooperativa se constituyen como co-promotores, siendo considerados por lo tanto como responsables directos de la construcción de las viviendas. Por esto, con base en la teoría del enriquecimiento injusto, se considera que los socios que integran la promoción son responsables subsidiarios y mancomunados del coste final de la promoción, independientemente de la limitación de precio que a dicho respecto venga establecida para las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Todo ello fundándonos en la STS, Sala 1ª, 28 de enero de 1991 (RJ 1991/9808) y 19 de octubre de 2005 (RJ 2006/1958), cuyo FD 4º subraya lo siguiente:

«C) Tratándose, como ocurre en el presente caso, de una obra de viviendas y locales (construcción de un bloque, perteneciente a una Urbanización más amplia), siendo Promotora la Cooperativa, y cumpliéndose el objeto social de la misma en la adjudicación y entrega de tales unidades de obra, a los cooperativistas (o, en su caso, a los que les sucedieran, por subrogación autorizada por la Cooperativa, tras la previa adquisición, por traspaso, de esa condición de socios), la jurisprudencia de esta Sala considera que éstos son co-promotores, y que adeudan, para evitar un enriquecimiento injusto a su favor, a la Constructora, las cantidades no pagadas, por los trabajos y materiales que se invirtieron en la misma, es decir, en cada una de las unidades (viviendas o locales) de los que los mismos, como adjudicatarios, obtienen provecho, al llegar a ser propietarios y poseedores de ellos:

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

1. Así, la S. de esta Sala, núm. 472/93, de 19 de mayo (RJ 2003, 3803) , dice al respecto, que, «admitiendo que la Cooperativa, una vez construidos los pisos, los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así, eludió sus obligaciones, y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones», añadiendo a continuación que, «por todo ello, cuando (los cooperativistas) reciben los pisos sin haber pagado todo su costo, se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, (lo que) es también evidente», y concluyendo que «tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales, con el que se han enriquecido los cooperativistas».

2. Aún más claro, lo dice la S. núm. 477/1992, de 22 de mayo (RJ 1992, 4277) (citada en la Apelación por el hoy recurrido), para la que «cuando las viviendas de protección oficial son construidas en régimen de Cooperativa para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados, y no para destinarlas al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico (no consta, en el presente caso, que en él este supuesto se diera), los propios cooperativistas se convierten en socios co-promotores de la construcción de dichas viviendas, y, como tales, vienen obligados a sufragar el costo real de la construcción de las mismas, según se desprende de lo establecido en el art. 104 del Reglamento de Cooperativas, de 16 de noviembre de 1978» [...] como «tiene declarado esta Sala en S.S. de 20-II-1989 (RJ 1989, 1212) y 6-III-1990 (RJ 1990, 1672) , en las que se afirma que la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, son operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora».

Termina dicha Sentencia diciendo que «el art. 112 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (RCL 1968, 1584, 1630, 2063), carece de aplicación al presente supuesto litigioso, ya que los gastos de construcción de las viviendas por la Cooperativa, que lógicamente han de ser pagados por los cooperativistas adjudicatarios de las viviendas, no pueden ser incluidos dentro del concepto de "sobreprecio o prima en el arrendamiento, venta o acceso diferido", a que se refieren, tanto dicho precepto, como las sentencias que cita el recurrente, las cuales contemplan y resuelven supuestos

de verdaderas ventas hechas por el promotor a terceros adquirentes de las viviendas por aquél construidas, que no es el caso que aquí nos ocupa».

En definitiva, la jurisprudencia viene definiendo las promociones de viviendas en régimen cooperativo como una «masa de gestión económica», en la que los socios, a través de la gestión de la cooperativa satisfacen el coste del suelo y de la construcción de sus propias viviendas, respondiendo de los costes de manera proporcional a la participación en esa actividad cooperativizada o, lo que es lo mismo, de manera proporcional al valor de la vivienda obtenida, sin que ninguno de dichos socios pueda desviar o desconocer sus obligaciones en perjuicio del resto y, consecuentemente, viniendo obligados todos ellos a satisfacer el importe de su casa en beneficio de la comunidad o «masa de gestión económica» que han puesto en común para lograr su vivienda.

2. CUESTIONES PROCESALES.

2.1. Análisis del recurso de apelación.

Ante la sentencia de primera instancia se interpuso recurso de apelación para que se dictara nueva sentencia favorable al apelante. Se apreciaron los fundamentos de hecho y derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, mediante un nuevo examen por un nuevo tribunal superior de las actuaciones llevadas a cabo ya en primera instancia.

En apelación podían haberse examinado todos los hechos y fundamentaciones jurídicas alegadas por las partes en primera instancia sobre el fondo, tal y como dispone el artículo 456 LEC, para, según la SAP de Cádiz, de 29 de mayo de 2013⁷ (RJ, «comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario»⁸). Se trataría de emitir un nuevo juicio sobre lo pedido y decidido en primera instancia, a la vista de los hechos ya alegados y las pruebas ya practicadas.

En cuanto a las alegaciones de contrario, el escrito de oposición a la apelación gira en torno a que debe aplicarse en el fallo del tribunal el principio *pendente appellatione nihil*

⁷Iberley. Codex. Base de datos jurídica para profesionales. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-293-2013-ap-cadiz-sec-5-rec-983-2012-29-05-2013-12903711> 4/12/2017.

⁸ BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 102.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

inovetur. Ya que, por centrarse la controversia de primera instancia únicamente en la condición de socio, no pueden alegarse ahora nuevos hechos por la parte apelante, como lo sería, según se alega de contrario, la condición de adjudicatario.

Lo cierto es que haciendo uso de la posibilidad que brinda el artículo 426 LEC, el demandante introdujo como complementarias, en la audiencia previa, las alegaciones al respecto de que D. Carlos Ramírez Sanz era adjudicatario, y es el juzgador de primera instancia quien debería haberlas tenido en cuenta.

Vamos a analizar a continuación el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, junto con la prohibición de la *mutatio libelli*, ya que es el argumento que acoge el tribunal para rechazar el recurso de apelación interpuesto. Posteriormente analizaremos el tratamiento de las nuevas alegaciones permitidas en el proceso civil una vez este ya haya sido iniciado.

2.3 Prohibición de la *mutatio libelli*

La LEC estableció una norma alusiva a la prohibición de la *mutatio libelli*, con el objetivo de regular los efectos de la pendencia del proceso, este es el nuevo artículo 412 LEC, en el que se estipula que «establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

De acuerdo con los artículos 9.3 y 24.1 CE, el principio de preclusión impide que puedan introducirse nuevas alegaciones o hechos que modifiquen los términos del debate en cualquier momento del proceso, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y evitar la indefensión de una de las partes.

El objeto del proceso está limitado a las cuestiones que las partes hayan planteado oportunamente, y deben ser fijadas en los escritos de demanda, contestación, y en su caso reconvención, retores del proceso. Una vez fijada la *res de qua agitur*, esta no se debe alterar.

TAPIA FERNANDEZ⁹ añade que esta prohibición de alteración del objeto del proceso debe entenderse como una de las manifestaciones que produce la litispendencia, ya que es una situación jurídica que se origina desde el momento en que el litigio pende ante los Tribunales hasta que este se resuelve finalmente.

Según MORENO¹⁰, cuando se alegan o introducen hechos fuera del trámite de las alegaciones, se vulnera el principio *perpetuatio actionis* (prohibición de la *mutatio libelli*), ya que se configura una situación fáctica y de derecho distinta a la que existía al incoar el pleito.

Está permitido matizar, ampliar, complementar o perfeccionar la fundamentación jurídica de la primera instancia para la apelación, pero sin cambiar el *petitum* o la causa de pedir. La ley prohíbe el cambio de alegaciones pero permite modificaciones posteriores, siempre que estas modificaciones no sean sustanciales. Esto está permitido porque, aunque suponen una alteración, no es de entidad suficiente como para ser consideradas como modificadoras de la demanda. Lo importante es precisar cuándo una petición puede alterar sustancialmente lo pedido y cuando no. Se trata por lo tanto de delimitar los elementos que identifiquen la pretensión.

El tribunal debe por tanto rechazar cualquier cambio de la acción ejercitada únicamente cuando esta suponga un cambio en el objeto del litigio o lo que es lo mismo, una *mutatio libelli*.

Estas modificaciones tampoco deben producirse en segunda instancia, ya que el recurso de apelación no permite resolver cuestiones distintas a las de primera instancia por aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*.

⁹ TAPIA FERNANDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 69-67.

¹⁰ DAMIÁN MORENO, J., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 55.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

2.2 Principio *pendente appellatione nihil innovetur*

En nuestro Derecho la vía de recursos es controladora del proceso. El objeto del proceso se identifica en primera instancia, si se permitiera que el proceso se centre después en nuevas cuestiones, estaríamos ante una nueva realidad jurídica y fáctica, y debería emitirse un juicio completamente distinto. Además desaparecerían los derechos de contradicción y defensa de la contraparte.

Como consecuencia de esto, no se admiten en alzada nuevas demandas o acciones distintas a las que se habían concretado en la primera. Ni siquiera pueden admitirse las que puedan ser consecuencia de un cambio en la relación jurídica que constituye la materia de la demanda¹¹, lo que impediría que se admitiese la cuestión sobre la condición de adjudicatario en el caso de que hubiera sido presentada por primera vez en segunda instancia.

El principio *pendente appellatione nihil innovetur* es el que impide plantear concretamente en segunda instancia del proceso cuestiones distintas de las que se alegaron en primera, excepto las permitidas expresamente por la ley. Este principio se fundamenta en que, de permitirse nuevos planteamientos, la contraparte no tendría oportunidad de oponerse con una buena defensa a las nuevas alegaciones.

2.4. Tratamiento de los hechos nuevos o de nueva noticia

El artículo 412 LEC, que alude a la *mutatio libelli*, establece en su segundo punto que «2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias en los términos previstos en la presente Ley». Esta facultad regula la excepción a la prohibición de la *mutatio libelli*, la *emendatio libelli*¹².

¹¹ MAGRO SERVET, V., «Los hechos nuevos o de nueva noticia y las alegaciones complementarias en la LEC», *Diario La Ley*, nº 7139, 2009, p.5.

¹² ESTEBAN MONASTERIO, I., «Tratamiento de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia en el Juicio Ordinario del Proceso Civil; comentario al Auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011. » *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº3, 2011, pp.5-10.

De este segundo punto puede deducirse que una vez se ha fijado el objeto del proceso, no está permitida modificación, innovación o alteración alguna sobre la cuestión controvertida, sin perjuicio de las permitidas por la ley. Entre otras, se permiten las nuevas cuestiones que se comprendan en el artículo 426 LEC, que, como en nuestro caso, pueden aportarse en la audiencia previa. Estas alteraciones pueden tener carácter aclaratorio, accesorio o complementario, dependiendo de varios requisitos:

- Las alegaciones serán complementarias si se realizan en relación con lo expuesto de contrario, sin alterar sustancialmente las pretensiones iniciales ni sus fundamentos.
- Aclaratorias para rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, que impiden alterar las alegaciones ni sus fundamentos.
- Accesorias o complementarias serán admitidas como adición si la parte contraria se muestra conforme, en caso contrario el tribunal decidirá sobre tal adición considerando el derecho de defensa de la parte contraria.

En cuanto a nuestro representado, y su aportación de la nueva cuestión sobre la condición de adjudicatario en la audiencia previa, entendemos que debería haber sido considerada como una modificación complementaria o aclaratoria. Ya que en la demanda sí que se había alegado expresamente la condición de socio así como el compromiso del antiguo socio a pagar el coste de la vivienda, sin embargo no se había alegado el extremo secundario de que esta deuda había surgido por una adjudicación, aclaración que se hizo en la audiencia previa, sin alterar sustancialmente las alegaciones ni sus fundamentos iniciales, tal y como lo permite el artículo 426 LEC.

Concretamente la secuencia de acciones fue la siguiente:

- A) En la demanda se reclamó a D. Carlos Ramírez Sanz el coste de un tercio de la construcción de la vivienda que le había sido adjudicada.
- B) El demandado contestó a dicha demanda apartándose a dicha pretensión, basando su oposición en la pérdida de la condición de socio.
- C) Es en la audiencia previa cuando la parte actora contraargumenta diciendo que, aunque el demandado no sea socio, sigue respondiendo de los compromisos previamente asumidos con la cooperativa. Es una alegación

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

complementaria, que viene motivada por lo que el demandado expone en su contestación.

Por lo tanto, la sentencia de la audiencia yerra al acoger el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, cuando entiende que los argumentos dados en segunda instancia suponen novación de los términos en que se centró el debate, cuando, en realidad, los argumentos del recurso de apelación guardan perfecta adecuación a lo sostenido y a la causa de pedir de la demanda inicial, ya que mi representada demandaba la deuda de D. Carlos Ramírez Sanz de 23.000 € por su condición de socio de la cooperativa y adjudicatario de una vivienda, y por el concepto de contribución a los gastos de construcción de la vivienda adjudicada a su nombre de la promoción «los Olivos».

La demanda se desestimó por entender el Juzgador que «no reuniendo el demandado la condición de socio de la cooperativa, la reclamación planteada no puede prosperar y procede la desestimación de la demanda». Por este motivo se recurrió ante la AP, procurando resaltar la condición de adjudicatario del socio, ya que era la determinante de la obligación de pago del coste de construcción de la vivienda, además de las alegaciones referentes a la acreditación de que la pérdida de la condición de socio tampoco exime del pago del coste de la vivienda.

La AP consideró que no procedía entrar a conocer sobre la condición de adjudicatario, cuando la obligación derivada de la condición de adjudicatario fue alegada expresamente en la demanda y aclarada en la audiencia previa, y por lo tanto guarda una perfecta relación con el *petitum* de mi representada, que es la condena al pago de la deuda dineraria.

La única cuestión controvertida del procedimiento fue la consideración de si D. Carlos Ramírez Sanz era socio o no, pero no lo fue la cuestión referida a la condición de adjudicatario ni la de la deuda que se reclama, cuestión nunca discutida por la parte demandada. Y después, la AP no entró a conocer basándose en la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* cuando todas eran cuestiones planteadas en la Litis y no suponían innovación alguna.

Asimismo, también pueden añadirse *ex novo* alegaciones en segunda instancia de las que ya se disponía en primera instancia, cuando simplemente se pretenda complementar la causa por la que se pide la tutela jurídica¹³. En ocasiones no son consideradas ni siquiera como innovaciones, ya que únicamente sirven de apoyo. Para ello no se debe alterar el aspecto inicial de la pretensión no contravendría ni la prohibición de la *mutatio libelli* ni la garantía del doble grado de jurisdicción.

2.5. Congruencia de la sentencia

Como es bien conocido, el proceso civil exige que el Juez dé respuesta a las pretensiones que se deducen del pleito, decidiendo sobre todos los puntos que hayan sido objeto de debate. A esto se lo conoce como exigencia de la congruencia de la sentencia, reflejada en el artículo 218 LEC y en numerosa jurisprudencia al respecto.

Una de las consecuencias del principio de justicia rogada (art. 216 LEC) es que las partes, en uso de su poder de disposición de sus derechos subjetivos privados, serán las que deban fijar el objeto del litigio, y el contenido de la sentencia ha de adecuarse a los límites precisos en que las partes definen el litigio¹⁴.

El artículo 218 LEC determina la exigencia de congruencia de la sentencia en sus puntos 1 y 3, estableciendo que las sentencias deberán ser «1. claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», «3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Por lo tanto y aplicando este artículo, se entiende que la sentencia de la AP ha sido incongruente por omitir la alegación de la demandante sobre la condición de adjudicatario.

¹³ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El Recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001, p. 207.

¹⁴TAPIA FERNANDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 85-96.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

En general, la jurisprudencia viene a establecer que las sentencias absolutorias no pueden ser consideradas incongruentes, sin embargo hay excepciones jurisprudenciales a esta regla, como la STS de 29 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2934): «es verdad que la regla general contraria a que las sentencias absolutorias sean incongruentes, tiene como una de sus quiebras o inaplicaciones precisamente la alegada por el recurrente en casación, de que para dictar el fallo absolutorio, se haya realizado una alteración o cambio del soporte factico (*causa petendi*) de la acción ejercitada, transformando el problema litigioso en otro distinto del planteado».

A más abundamiento, la STS de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 7248) señala que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* o hechos en que se funda la pretensión deducida, y el fallo de la sentencia (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006). Por tanto, se incurre en incongruencia cuando no se respeta la identidad de la *causa petendi*, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda, incurriendo en desviación procesal (STS 7 de noviembre de 2007, 14 de mayo de 2008)».

En la STS de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005/7355) se indica que los órganos judiciales están obligados a argumentar sobre los hechos considerados probados para establecer la consecuencia jurídica correspondiente.

En nuestro caso, el demandado admitió los hechos de los cuales deriva la deuda, a pesar de no haber admitido la consecuencia jurídica de esos hechos, sin embargo no debería admitir este segundo extremo el demandado sino el juzgador. Por lo tanto, las dos sentencias anteriores de este caso están desajustadas en cuanto a los términos del debate y las decisiones tomadas por el tribunal, por lo que se produce claramente una falta de congruencia, pues su valoración jurídica era obligada.

XII. DESARROLLO. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS TRAS LA APELACIÓN.

Tras la anterior argumentación, y llegados a este punto del proceso, cabe argumentar cuáles serán las estrategias jurídicas más viables con objeto de obtener una sentencia favorable a nuestro representado, que condene al pago de su deuda a D. Carlos Ramírez Sanz.

Como establece el artículo 466 LEC, contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las AAPP, se podrá optar por interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación.

En un principio se entiende que no se permite su acumulación eventual pero se presentarán los dos recursos en un mismo escrito en virtud de la Disp. Final 16ª de la LEC, que ha instaurado un régimen provisional de los recursos extraordinarios por el que, si en un principio estos dos recursos eran incompatibles entre sí, por medio de este precepto se permite su acumulación.

Si se acumula algún RECEIP a un recurso de casación, su procedencia quedará supeditada a los mismos presupuestos que si este se hubiera presentado de forma autónoma, es decir, deberán acreditarse la denuncia y el intento de subsanación del defecto procesal en la instancia.

En esta Disp. Final 16ª LEC, sobre régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, el legislador determina que mientras no sean conferidas las competencias para conocer del RECEIP a los TSJ dicho recurso procederá por los motivos enunciados en el artículo 469 respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación por los motivos del artículo 477.

Asimismo, la misma Disp. Final, en sus puntos 1. 3º y 4º, establece que en el caso de pretensión de interposición de estos dos recursos se deberán interponer ambos en el mismo escrito, les serán de aplicación los plazos de los artículos 479 y 482, deberá ser presentado ante la AP, y cuando se interpongan contra una misma resolución, se

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

tramitarán por un único procedimiento¹⁵. Ambos recursos se resolverán en la misma sentencia, y contra dicha sentencia no cabrá recurso alguno.

Por lo tanto, dado que se nos notificó la sentencia desfavorable a los intereses de mi representada y consideramos esta no ajustada a Derecho, presentaremos en tiempo y forma, escrito de preparación de recurso de casación al amparo de los artículos 477.2.3º y 479 de la LEC y la Ley de Casación Foral Aragonesa y escrito de preparación de recurso extraordinario por infracción procesal al amparo de los artículos 469.1.3º y 470 de la LEC.

Tras la consideración de los escritos de preparación, y observando los plazos y efectos establecidos en el artículo 481 de la LEC, se presentará el escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la AP.

Tras la observación de las prescripciones legales vigentes y la formalización del recurso que va a interponerse, procede hacer un resumen de los principales presupuestos procesales:

I.- El escrito de interposición se presentará en tiempo y forma del artículo 481.1 de la LEC.

II.- En los escritos de interposición se expresarán los motivos en que se fundan los respectivos recursos, razonándose sobre la infracción de las normas del Derecho civil aragonés y sobre la infracción procesal de la misma forma que lo hemos hecho a lo largo de todo el dictamen y en el orden de este último punto.

III.- La sentencia contra la que se interpone el recurso, cuya certificación se acompaña de acuerdo con el artículo 481.2 LEC, es recurrible en casación por encontrarse dentro del caso 3º del artículo 477 LEC, en relación con el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de Casación Foral Aragonesa (en adelante LCFA), por superar la cuantía de la deuda los tres mil euros y fundarse en infracción de normas de Derecho Civil Aragonés:

¹⁵ LÓPEZ SANCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por Infracción Procesal y de Casación*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 282-316.

1º.- Infracción de los artículos 84 y 85 de la LCAr y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los socios adjudicatarios de viviendas en régimen cooperativo.

2º.- Infracción del artículo 53.e) de la LCAr, sobre el reembolso de las aportaciones al capital en caso de baja de socio, en relación con el artículo 55. 2 de la LCAr.

3º.- Infracción del artículo 22. a) de la LCAr, sobre la responsabilidad por los compromisos asumidos con la cooperativa con anterioridad a la baja, en relación con el artículo 17.2 de la LCoop, de aplicación supletoria por la Disp. Adicional 1ª de la LCAr, y el artículo 47 de la LCAr, sobre la responsabilidad del socio.

IV.- Se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basándose en los siguientes motivos:

1.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, al amparo del artículo 469. 1, 2ª de la LEC, por incongruencia omisiva en la Sentencia al no resolver todas las pretensiones de la demanda alegando el principio *pendente appellatione nihil innovetur* (artículo 456 LEC).

2.- Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al amparo del artículo 469.1, 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber obtenido una respuesta judicial sobre la totalidad de los fundamentos alegados por mi representada para sostener su pretensión por cuanto aplicó erróneamente el principio *pendente appellatione nihil innovetur*. Esto produjo un desajuste entre la fundamentación y el fallo en relación con los términos en que se había planteado el debate jurídico para la condena al demandado al pago de la cantidad dineraria reclamada. Se produjo una incongruencia omisiva en la Sentencia y como consecuencia de esta una total indefensión de la parte que represento, ya que no se ha obtenido un pronunciamiento expreso sobre todos los términos en que fue planteado el recurso de apelación

Consecuentemente procederá tras la estimación de los recursos, que la AP de Zaragoza entre a conocer, además de sobre si el demandado tenía o no la condición de socio de la

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

cooperativa que represento, las consecuencias jurídicas (y económicas en cuanto a la deuda) de su condición de adjudicatario de la vivienda cooperativa, tal y como se había alegado en el escrito de demanda y aclarado en la audiencia previa de primera instancia.

Se suplicará a la Sala que tenga por presentado el escrito que acumula los dos recursos, lo admita y tenga por interpuestos el recurso de casación foral aragonesa y el recurso extraordinario por infracción procesal, y de conformidad con lo previsto en los artículos 472 y 482 de la LEC se remitan los autos a la Sala 1ª del TSJ, como órgano competente.

Una vez recibidos, se suplicará a la sala de lo civil del TSJ de Aragón que tenga por presentados en tiempo y forma estos recursos y, sirviéndose de admitirlos, declare su competencia para entrar a conocer sobre las cuestiones planteadas y, previa cumplimentación de los trámites legales y aplicando correctamente las normas aplicables al caso, dicte sentencia estimatoria por la que:

- En el caso de estimar los motivos de infracción procesal, se anule la Sentencia recurrida y se dicte nueva sentencia en la que teniendo en cuenta los motivos de casación alegados acoja las pretensiones de esta parte contenidas en nuestros escritos de instancia.
- Subsidiariamente, en el caso de desestimar el motivo de infracción procesal denunciado, dé lugar al recurso de casación interpuesto, por los motivos que se han alegado, dicte otra sentencia mejor fundada en Derecho, por la que, casando y anulando la resolución recurrida, acoja las pretensiones de esta parte contenidas en nuestros escritos de instancia.
- Se pronuncie en costas consiguientemente.

XIII. CONCLUSIONES

Como conclusión, se trata de un caso complejo, en el que se encuentran problemas jurídicos sustantivos y procesales. Ambos han sido desglosados en diferentes apartados del dictamen para una mayor comprensión y claridad de cómo debe resolverse el asunto.

PRIMERA.- En cuanto a la condición de socio del demandado, ha quedado demostrado a lo largo del proceso que D. Carlos Ramírez Sanz era socio de la cooperativa SCV, que solicitó su baja el 9 de enero de 2017, y la única respuesta que tuvo fue en relación a su deuda, no a su condición de socio. El transcurso tres meses sin respuesta de la cooperativa, de acuerdo con el artículo 22 de la LCAr, y supletoriamente por el artículo 17 LCoop, permite la consideración de la baja como justificada.

SEGUNDA.- En cuanto a la condición de adjudicatario, queda perfectamente acreditado por la escritura otorgada ante Notario, de crédito abierto con garantía hipotecaria, que el 20 de enero de 2016 se le adjudicó a D. Carlos Ramírez Sanz la vivienda nº 20 de la promoción «los Olivos».. Conforme a los ya expresados, artículos 22.a), 47, 55.2 y 53.e) de la LCAr, 15 y 89.1 y 89.5 interpretado a *sensu contrario* de la LCoop, los principios democráticos y de mutua ayuda de las cooperativas y la jurisprudencia recabada sobre la responsabilidad de los socios de una cooperativa por deudas derivadas de la adjudicación de viviendas y con base en la teoría del enriquecimiento injusto. A pesar de la baja, D. Carlos Ramírez Sanz deberá responder del compromiso frente a la cooperativa y satisfacer el coste de la vivienda adjudicada mientras no exista un nuevo socio que lo pueda sustituir en sus responsabilidades.

TERCERA.- En cuanto al análisis del recurso de apelación y la SAP, se ha alegado por esta parte que la condición de adjudicatario fue una cuestión introducida ya en la audiencia previa, por lo que no asiste ninguna razón a la parte contraria cuando aduce en segunda instancia el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, aún menos aun al tribunal que acoge este principio. Lo cierto es que las alegaciones hechas en la audiencia previa como complementarias fueron y son de fácil certificación por el tribunal, ya que la audiencia previa se llevó a cabo con el resultado que se recogió en autos y, como podrá comprobar el TSJ mediante el visionado de la grabación en soporte audiovisual.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

CUARTA.- En cuanto a la estrategia procesal a seguir tras la sentencia de la AP, dicha estrategia consistirá en seguir ha sido interponer dos recursos en un mismo escrito, recurso de casación foral aragonés y recurso extraordinario por infracción procesal, por considerarse la más adecuada. Un recurso de amparo fundado en la infracción del artículo 24 CE sería posible únicamente al agotar la vía judicial ordinaria, y recurrir a una técnica ADR habría sido inviable a estas alturas del proceso. Por lo que he considerado que un recurso de casación acumulado a un recurso extraordinario por infracción procesal sería el más adecuado a los intereses de nuestro cliente, y tendría más posibilidades de prosperar si se tienen en cuenta toda la legislación y jurisprudencia mencionada en el apartado de desarrollo. Otro de los motivos por los que esta sería la estrategia procesal más adecuada es que el caso sería juzgado por un tribunal de competencia territorial en Aragón, lugar donde se ha creado y aplicado incorrectamente la ley en cuestión. Por lo tanto, se deberá interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en virtud de los artículos 466, 469.1.3º y 470 de la LEC, acumulando, según se establece por la Disp. final 16ª de la LEC, un recurso de casación foral aragonés en virtud de los artículos 477.2.3º y 479 de la LEC y la Ley de Casación Foral Aragonesa. Se deberán seguir para ello los plazos y efectos que se establecen en el artículo 481 de la LEC.

Esta es la opinión que emito como dictamen, que someto a la consideración de cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Zaragoza, a 5 de diciembre de 2017.

Fdo.:

Dña. Marta Arechavaleta Díaz-Calderón

XIV. BIBLIOGRAFÍA

BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

DAMIÁN MORENO, J., *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 2000.

ESTEBAN MONASTERIO, I., «Tratamiento de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia en el Juicio Ordinario del Proceso Civil; Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011.» *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº3, 2011.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El Recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001.

LÓPEZ SANCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por Infracción Procesal y de Casación*, Aranzadi, Navarra, 2004.

MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MAGRO SERVET, V., «Los hechos nuevos o de nueva noticia y las alegaciones complementarias en la LEC», *Diario La Ley*, nº 7139, 2009.

MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2012, (<http://www.tesisenred.net/handle/10803/101417>).

MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

TAPIA FERNANDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

VARGAS VASSEROT, C., *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, La Ley, Madrid, 2015.

VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Tirant Lo Blanch, 14^a Edición, Valencia, 2001.

«Dictamen con objeto de analizar las posibilidades de recurso ante un supuesto de incongruencia e indebida aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*»

XV. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 29 de mayo de 2013 (JUR 2013, 286710).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989,1212).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990,1672).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 28 de enero de 1991 (RJ 1991,9808).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 de junio de 1991 (RJ 1991,4522).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de marzo de 1992 (RJ 1992,4277).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992,4277).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003,3803).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005,7355).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 1 de febrero de 2006 (RJ 2006,4360).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006,8240).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 29 de febrero de 2008 (RJ 2008,2934).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012,31).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de diciembre de 2011(RJ 2012,34).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 9 de febrero de 2012 (RJ 2012,3786).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 16 de julio de 2013 (RJ 2013,7248).