

EXPEDIENTE ARBITRAL 6/2020

Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (SVAC)

LAUDO

En..., a... de... de 2.020.

Vistas y examinadas por el Árbitro D..., Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de..., con domicilio a efectos de notificaciones en..., las cuestiones controvertidas sometidas al mismo por las partes: de una, D..., asistido por las Letradas D^a... y D^a... con domicilio en... y, de otra,... S.Coop, asistida por el Letrado D... con domicilio en..., y atendiendo a los siguientes antecedentes y motivos:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO Y ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE

El Árbitro fue designado para arbitraje de Derecho por Resolución del Presidente del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi de fecha 10 de septiembre de 2020, previa constatación de la existencia de sometimiento válido y suficiente de ambas partes al arbitraje del mismo, mediante convenio arbitral plasmado en los Estatutos Sociales de la cooperativa.

El día 14 de septiembre de 2020 fue aceptado el arbitraje; aceptación que fue debidamente notificada al Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo y a las partes del procedimiento arbitral.

SEGUNDO.- PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Tal y como se establece en el apartado segundo de la resolución de aceptación de la tramitación del arbitraje y designación de árbitro del Presidente del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo -SVAC- del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, el

arbitraje se tramita de conformidad con el procedimiento ordinario establecido en el Capítulo III del Título III del Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de fecha 16 de febrero de 2012; nº 34.

De forma acorde con ello y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 de Reglamento referido, el Árbitro se dirigió a la parte demandante para que en el plazo de quince días formulase por escrito su demanda y proposición de prueba. A continuación, recibido por el árbitro el escrito de demanda, dicho escrito, con la documentación acompañada al mismo, fue remitido a la parte demandada para que en el plazo de quince días presentase su escrito de contestación y proposición de prueba.

TERCERO.- ALEGACIONES Y PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA PARTE SOLICITANTE

A) ALEGACIONES: Dentro del plazo legal determinado en el artículo 42 del Reglamento, el demandante presentó escrito de demanda, en el que, expuesto de forma resumida, manifestó:

Primero: Que, con fecha 12 de marzo de 2020, el Consejo Rector de la Cooperativa acuerda convocar la Asamblea General Ordinaria para su celebración el día 3 de abril de 2020. Dicha convocatoria se realizó en fecha 17 de marzo de 20 y, por tanto, después de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, mediante anuncio expuesto en el tablón de anuncios del domicilio social de la cooperativa, y mediante su publicación en los diarios ..., que son los medios de convocatoria previstos en el artículo 42.5 de los Estatutos Sociales de ... S.Coop. Además de estos medios estatutarios previstos, el anuncio de convocatoria se publicó también en la intranet de la Cooperativa (...).

Segundo: Que con fecha 17 de marzo de 2020, día de publicación del anuncio de convocatoria, el Consejo Rector emite un comunicado que se publica en la Intranet de la Cooperativa (...), en el que se aconseja reducir al máximo la

asistencia presencial a la Asamblea General, sin perjuicio del derecho de asistencia de cada socio, y se solicita que quien esté interesado en acudir a la Asamblea a celebrar en ... en ... lo comunique antes del día 25 de marzo, a fin de organizar su viaje; sobreentendiéndose que se refiere a socios que no desarrollan su trabajo en el domicilio social, ni cerca de él, y que tienen que desplazarse desde otros lugares para poder asistir a la Asamblea.

Tercero: Que en fecha 31 de marzo de 2020, dos días antes de la celebración de la Asamblea, el Consejo Rector publica en la Intranet de la Cooperativa un anuncio complementario del anuncio de convocatoria inicial de la Asamblea de fecha 17 de marzo.

En el citado anuncio complementario señala que, debido a la publicación del Real Decreto-Ley 10/2020, a fin de cumplir las limitaciones de desplazamiento y reunión de personas establecidas en el mismo, con la finalidad de garantizar la integridad de los socios y colaborar en las medidas de lucha contra la emergencia sanitaria, el Consejo Rector de la cooperativa ha aprobado realizar la Asamblea de forma remota vía “Microsoft Teams”, manteniendo la misma fecha, hora de celebración y orden del día.

Asimismo, se expone que, para garantizar la asistencia a la reunión de los asistentes de forma remota (hecho que no sería posible de extender dicha posibilidad al colectivo global de personas socias de la cooperativa, según se indica), se mantiene la conveniencia de reducir el colectivo de personas socias asistentes, comprometiéndose el Consejo Rector a contactar con los socios ya identificados que habían asumido el compromiso de asistir presencialmente a la reunión de la Asamblea.

Este anuncio complementario de convocatoria no se comunica a los socios de forma individual, sino que únicamente se publica en la Intranet (...).

Cuarto: Que la controversia entre D.... y la Cooperativa se inicia cuando D.... comunica a la Cooperativa (el 1 de abril de 2020) que quiere participar en la Asamblea telemática y tanto el Consejo Rector como la Comisión de Vigilancia deniegan al socio el derecho a asistir a la Asamblea. En resumen, el criterio que se mantiene por la Cooperativa es que el socio no comunicó su intención de participar en la Asamblea presencial antes del 25 de marzo de 2020, por lo que no tenía derecho a asistir a la misma, pese a haberse transformado en una convocatoria de Asamblea “en remoto”. Se insiste en que darle un acceso individualizado en remoto vulneraría el derecho del resto de personas socias, ya que no sería posible atender a todas las peticiones que eventualmente pudieran surgir, lo que imposibilitaría la celebración de la Asamblea.

Quinto: Que la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa se celebró finalmente el día 3 de abril de 2020, a las 15.00 horas, en segunda convocatoria, sin permitir la asistencia de D...., haciendo constar en la Lista de Asistentes su ausencia. El demandante destaca que de las 1751 personas socias, únicamente asistieron 120.

Sexto: Que la declaración de Estado de Alarma realizada en fecha 14 de marzo a raíz de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia provocada por el COVID-19, así como la excepcionalidad de la situación provocada por la misma, no amparan ni justifican la actuación del Consejo Rector de la Cooperativa, restringiendo el ejercicio de los derechos de los socios, y en concreto, de un derecho fundamental intrínseco a la condición de socio, como es el de asistencia y voto.

Por tanto, no estando conforme en absoluto con la actuación de la Cooperativa, ni con las explicaciones dadas por ella, se presenta, primero, solicitud de conciliación y, posteriormente, demanda de arbitraje ante el Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo(BITARTU).

B) PRETENSIONES: La estimación de la acción de impugnación de la totalidad de los acuerdos adoptados en la Asamblea General Ordinaria de...

S.Coop., celebrada en fecha 3 de abril de 2020, declarándolos nulos, así como la declaración de nulidad de la propia Asamblea, decretando asimismo la cancelación de los acuerdos aprobados en dicha Asamblea que hayan sido inscritos en el Registro de Cooperativas de Euskadi.

CUARTO.- ALEGACIONES Y PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA

A) ALEGACIONES: Por su parte, la demandada, en su escrito de contestación, también presentado dentro del plazo reglamentario, manifestó, expuesto de forma resumida:

Primero: Que el 12 de marzo de 2020 el Consejo Rector de... S. C oop. acordó convocar la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa para el día 3 de abril de 2020.

Con fundamento en las circunstancias derivadas de la expansión del virus COVID-19, el Consejo Rector de la Cooperativa consideró oportuno que la Asamblea se celebrase con las siguientes prioridades:

-Limitar el orden del día al mínimo legal y estatutariamente exigible, consistente en la aprobación de las cuentas anuales, la gestión del ejercicio 2019, la propuesta de distribución del excedente y la retribución al capital social, posponiendo para otra asamblea el tratamiento del resto de puntos del orden del día inicialmente previsto.

-Trasladar a las personas socias la procedencia de reducir el número de socios asistentes a la asamblea al estrictamente necesario para constituir aquella, dadas las circunstancias sanitarias. Sorprendentemente, también se dice en el Acta del Consejo Rector que todas las personas socias, en caso de querer asistir a la asamblea, lo manifestasen expresamente antes del 25 de marzo.

Segundo: Que en los días posteriores a la citada reunión del Consejo Rector se celebraron en la Cooperativa, a lo largo de sus distintos centros de trabajo, sesiones informativas explicativas del contenido de la Asamblea General Ordinaria,

convocándose a las mismas a la totalidad de las personas socias en diferentes fechas.

Se destaca que el demandante participó en la sesión informativa celebrada en... (el viernes 13 de marzo, a las 14 horas), haciéndolo de manera activa (solicitando información o realizando comentarios sobre alguno de los aspectos a tratar en la asamblea), sin manifestar, se dice en el escrito presentado por la demandada, ninguna duda u oposición sobre el requisito de indicar con antelación la voluntad de participar en la asamblea. En relación con esta referencia a las sesiones informativas, y dado que no se va a volver a incidir en esta cuestión, el Árbitro deja anotado que no tiene duda de que la demandada conoce la diferencia entre las sesiones informativas y las juntas preparatorias previas a la Asamblea de delegados.

Tercero: Que el 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma (RD 462/2020) como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y que el 17 de marzo de 2020 el Consejo Rector emitió un comunicado dirigido a todos los socios informando de las premisas de la convocatoria de la Asamblea, expuestas anteriormente. Se señala por la Cooperativa que en esa comunicación se recoge la solicitud a todos los socios para que manifestasen antes del 25 de marzo, si fuera el caso, su voluntad de asistir a la Asamblea. Sin embargo, revisado el documento, y sin perjuicio de que en un comunicado del Consejo Rector no sea posible conculcar un derecho fundamental de los socios, se observa, que, en realidad, no se dice lo manifestado en su escrito por la demandada. El texto señala lo siguiente:

*“... las excepcionales circunstancias que estamos viviendo aconsejan, como hemos podido compartir en las recientes Sesiones Informativas, reducir al máximo la asistencia presencial al acto formal a la Asamblea General. En este sentido, **sin perjuicio del derecho de asistencia voluntaria de cada persona socia**, desde la cooperativa trabajaremos para garantizar la asistencia necesaria de las personas socias necesarias para la válida constitución de la Asamblea General, minimizando la exposición al riesgo de todos nosotros. **Por tanto, procederemos a anular los planes de viajes organizados por la Cooperativa, así como la comida que teníamos previsto celebrar al finalizar la Asamblea. De todas formas, si estuviese interesado en asistir a la Asamblea te solicitaría nos***

comunicaras esa decisión antes del 25 de marzo, en la dirección de correo electrónico de con el fin de organizar tu viaje”.

Cuarto: Que el 18 de marzo de 2020 se publicó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en cuyo artículo 40 se previó la celebración por videoconferencia de las sesiones de los órganos de administración de las sociedades civiles y mercantiles.

No obstante, dicho artículo no daba cobertura expresa a la situación y necesidades de cooperativas que, como en el caso de... S. Coop., ya hubieran acordado y publicado la convocatoria de la Asamblea General Ordinaria.

Dado el número de personas socias de la Cooperativa (1.751), cada una de ellas con derecho a un voto en la Asamblea y las limitaciones establecidas en la legislación cooperativa y su propia normativa interna en cuanto al derecho de representación de los socios en las Asambleas, la situación de ... S. Coop. se consideró (por el número de asistentes y complejidad organizativa de la reunión asamblearia) asimilable a la problemática que planteaba el Real Decreto-ley 8/2020 respecto de la celebración de las Juntas de Accionistas en las Sociedades Cotizadas. En este sentido, el artículo 41 del citado Real Decreto incluía la previsión de celebración de la Junta General de Accionistas de las Sociedades Cotizadas por medios telemáticos, mediante anuncio complementario de la convocatoria, si ésta se hubiese publicado antes de la entrada en vigor de la citada norma.

Quinto: Que la Cooperativa desde el mismo 17 de marzo había realizado diversas consultas a la... Vasco en relación con la celebración de la Asamblea General de la Cooperativa. Asimismo, se destaca que el... hizo publicó el 27 de marzo de 2020 la consideración de los servicios jurídicos del Gobierno Vasco de que los aspectos recogidos por el Real Decreto-ley 8/2020 eran aplicables a las cooperativas de trabajo asociado de Euskadi. ..., S. Coop. aduce también que la publicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regulaba un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el

COVID-19, no le dejaba otra alternativa que la celebración vía “Microsoft Teams” de la reunión de la Asamblea General.

En ese contexto, el Consejo Rector comunicó (a través de la Intranet de la Cooperativa), en fecha de 31 de marzo, un anuncio complementario a la convocatoria de la Asamblea General, por el que se informaba a todas las personas socias que la Asamblea se celebraría telemáticamente vía Microsoft Teams.

Se indica que esa comunicación fue expresamente informada a los Consejeros Sociales, que la difundieron entre sus respectivos colectivos, aunque únicamente consta la difusión realizada por un Consejero a un número muy reducido de socios, y se reconoce que la reunión estaba sujeta a un límite máximo de participación bidireccional de 250 participantes. No obstante, según consta en Acta, lo cierto es que solo concurren 63 socios presentes y 57 representados.

Sexto: Que el 1 de abril de 2020 se publicó el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Este Real Decreto-ley, con efectos desde el día 2 de abril, esto es, el día anterior al de celebración de la Asamblea General Ordinaria de... S. Coop., mediante un párrafo añadido a la redacción inicial del artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, permitió expresamente la celebración de asambleas de cooperativas por vídeo o conferencia telefónica.

De conformidad con lo anterior, se manifiesta por la Cooperativa, que en fecha de 3 de abril se celebró de forma telemática la Asamblea General Ordinaria, contando con un número reducido de asistentes (un total de 63 personas asistentes, conectadas en tiempo real con imagen y sonido, y 57 personas representadas por las primeras, conforme a lo previsto en el artículo 43.7 de los Estatutos de ..., S. Coop.), que resultaron suficientes para constituir válidamente la Asamblea y para aprobar los acuerdos impugnados.

B) PRETENSIONES: Sobre la base de lo señalado se solicita que se dicte Laudo por el que se desestime íntegramente la demanda, condenando a la parte demandada al resarcimiento de los costes procesales por existir mala fe y temeridad en el planteamiento de la misma.

QUINTO.- ADMISIÓN DE LOS ESCRITOS DE ALEGACIONES Y APERTURA DEL PERÍODO DE CONCLUSIONES

Este Árbitro acordó admitir los escritos de alegaciones de ambas partes, los cuales fueron notificados de manera cruzada a éstas.

En relación con la proposición de prueba realizada por las partes, se admitió la documental aportada con los escritos de demanda y de contestación a la misma, y, seguidamente, se les concedió el plazo de quince días, previsto en el artículo 46 del Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, para presentar Escritos de Conclusiones, lo que ambas partes realizaron dentro del plazo reglamentario.

SEXTO.- CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES

Se han cumplido las formalidades exigidas por el Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas y, especialmente, los principios de audiencia, contradicción e igualdad procesal entre las Partes, así como la celebración del arbitraje y la emisión del laudo en los tiempos y formas legal y reglamentariamente establecidos.

MOTIVOS

El presente expediente constituye un arbitraje de Derecho y por ello exige una motivación jurídica que sustente el fallo final.

PRIMERO.- COMPETENCIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE COOPERATIVAS Y FACULTADES DEL ÁRBITRO

El Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, a través del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (SVAC), ejercita las funciones previstas en el artículo 145-2-d) y f) de la Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi, al abordar no sólo el arbitraje cooperativo, sino también la mediación y conciliación, para así poder ofrecer la

gama más amplia de alternativas para la resolución extrajudicial de las controversias que se dan entre las Cooperativas, entre éstas y sus socios o entre los socios de las Cooperativas.

En cumplimiento del acuerdo adoptado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi en su sesión plenaria celebrada el 19 de enero de 2012, a los efectos de su general conocimiento, y en virtud de la competencia atribuida por el artículo 10.2 del Decreto 213/1999, de 11 de mayo, por el que se regula el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, se ha publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de 16-02-2012 el texto del Reglamento en vigor del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre procedimientos de resolución de conflictos en las Cooperativas Vascas.

En el presente arbitraje se ha procedido conforme a lo establecido en el Reglamento referido. Asimismo, se ha observado lo dispuesto en la Ley 11/2011, de 21 de mayo, de Arbitraje.

SEGUNDO.- SOBRE LA EXISTENCIA CONVENIO ARBITRAL EN LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA

Se ha constatado la existencia de cláusula compromisoria en los Estatutos Sociales de la Cooperativa. En concreto, en la disposición adicional segunda, de la que se desprende que el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi intervendrá por la vía del arbitraje en las discrepancias que surjan entre la Cooperativa y los socios, siempre que las mismas versen sobre materia de libre disposición por las partes conforme a derecho.

TERCERO.- DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Para no caer en incongruencia, se considera relevante especificar que lo que se somete a discusión en este procedimiento, a la vista del escrito de demanda, es la estimación de la acción de impugnación de la totalidad de los acuerdos adoptados en la Asamblea General Ordinaria de ... S. Coop., celebrada en fecha 3 de abril de 2020, con su consiguiente declaración de nulidad, así como la declaración de

nulidad de la propia Asamblea y la cancelación de los acuerdos aprobados en ella que hayan sido inscritos en el Registro de Cooperativas de Euskadi.

CUARTO.- SOBRE LA NORMATIVA GENERAL APLICABLE A LA CONVOCATORIA Y A LA CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA DE LA COOPERATIVA

La regulación relativa a esta materia, aplicable inicialmente al caso, se encuentra contenida en los artículos 35 (apartados 5 a 7) y 36 (apartado 3) de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (en adelante, LCE) y en los artículos 42.5 y 14.1. i) de los Estatutos sociales de la Cooperativa.

El artículo 35 de la LCE, respecto a la convocatoria de la Asamblea General, dispone lo siguiente:

5. La asamblea general se convocará siempre mediante anuncio expuesto públicamente de forma destacada en el domicilio social y en cada uno de los demás centros en que la cooperativa desarrolle su actividad, así como mediante cualquier procedimiento de comunicación individual y escrito previsto, en su caso, en los estatutos.

Cuando la cooperativa tenga más de quinientas personas socias, o si así lo exigen los estatutos, la convocatoria se anunciará también en uno de los periódicos, escritos o digitales, de gran circulación en el territorio histórico del domicilio social.

Si la cooperativa tiene una página web corporativa, la asamblea general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, siempre que la creación de dicha página se hubiera acordado por la asamblea general y el acuerdo de dicha creación se hubiera hecho constar en la hoja abierta para la cooperativa en el Registro de Cooperativas de Euskadi. En este supuesto, no será de aplicación la obligación establecida en el párrafo anterior.

Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley, de modo que se garantice la comunicación de la convocatoria a todas las personas socias, e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema

de alerta a las personas socias de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad.

6. La convocatoria se hará pública con una antelación mínima de diez días y máxima de sesenta días a la fecha en que haya de celebrarse.

7. La convocatoria indicará, al menos, la fecha, la hora y el lugar de la reunión, en primera y segunda convocatoria –entre las cuales deberá transcurrir como mínimo media hora, y expresará con claridad, precisión y suficiente detalle los asuntos que componen el orden del día.

Además, en el anuncio de la convocatoria se hará constar el derecho de todas las personas socias a examinar en el domicilio social, y en la intranet de la sociedad si la hubiese, la documentación correspondiente a los puntos del orden del día.

Y el artículo 36 de la LCE, que regula el funcionamiento de la Asamblea, prevé que:

3. Tendrán derecho de asistencia las personas socias que lo sean a la fecha en la que se acordó la convocatoria de la asamblea general.

Por su parte, el artículo 42.5 de los Estatutos sociales de la Cooperativa, sobre la convocatoria, establece que:

La Asamblea General se convocará mediante anuncio expuesto en el domicilio social, exponiéndose además en los tablones de anuncios de los centros de trabajo, de tal forma que se garantice el conocimiento de todos los socios y mediante su publicación en los diarios de gran difusión en el territorio histórico del domicilio social. La convocatoria indicará, al menos, la fecha, la hora y el lugar de la reunión en primera y segunda convocatoria y expresará el Orden del Día con suficiente detalle y concreción. La publicación de la convocatoria en el domicilio social deberá efectuarse con una antelación mínima de diez días y máxima de sesenta días a la fecha de la celebración de la Asamblea...

Y el artículo 14.1. i) de los Estatutos de la Cooperativa, en lo relativo a los derechos de los socios, señala que:

Los socios tienen derecho a:

i) Formular propuestas por los cauces establecidos al efecto en la Cooperativa, y participar con voz y voto en la adopción de todos los acuerdos de la Asamblea General y de todos los demás órganos de los que formen parte.

QUINTO.- SOBRE LA NORMATIVA COVID-19 APLICABLE EN EL MOMENTO DE LA CONVOCATORIA Y A LA CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA DE LA COOPERATIVA

Como es sabido, el 14 de marzo de 2020 se aprueba el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

A raíz de esa declaración se publica el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en cuyo artículo 40 establece medidas aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado, y, entre ellas, a las Cooperativas. En el precepto reseñado se regulan, entre otras cuestiones, las relativas a la forma de celebrar reuniones de órganos de sociedades, aunque **no se faculta a las Sociedades en general y, entre ellas, a las Cooperativas para celebrar Asamblea telemática, aunque no existiese previsión estatutaria.**

Ello contrasta con lo previsto en el artículo 41 Real Decreto-ley 8/2020, que se refiere exclusivamente a las Sociedades Anónimas Cotizadas, disponiendo para estas entidades:

1. Excepcionalmente, durante el año 2020 se aplicarán las siguientes medidas a las sociedades con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea:

c) El consejo de administración podrá prever en la convocatoria de la junta general la asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia en los términos previstos en los

artículos 182, 189 y 521 de la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, así como la celebración de la junta en cualquier lugar del territorio nacional, aunque estos extremos no estén previstos en los estatutos sociales. **Si la convocatoria ya se hubiese publicado a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley, se podrá prever cualquiera de estos supuestos en un anuncio complementario que habrá de publicarse al menos cinco días naturales antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta.**

d) En el supuesto de que las medidas impuestas por las autoridades públicas impidiesen celebrar la junta general en el lugar y sede física establecidos en la convocatoria y no pudiese hacerse uso de la facultad prevista en el número anterior:

i) si la junta se hubiese constituido válidamente en dicho lugar y sede, podrá acordarse por esta continuar la celebración en el mismo día en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, estableciendo un plazo razonable para el traslado de los asistentes.

ii) si la junta no pudiera celebrarse, la celebración de la misma en ulterior convocatoria **podrá ser anunciada con el mismo orden del día y los mismos requisitos de publicidad que la junta no celebrada**, con al menos cinco días de antelación a la fecha fijada para la reunión.

En este caso, el órgano de administración podrá acordar en el anuncio complementario la celebración de la junta por vía exclusivamente telemática, esto es, sin asistencia física de los socios o de sus representantes, siempre que se ofrezca la posibilidad de participar en la reunión por todas y cada una de estas vías: (i) asistencia telemática; (ii) representación conferida al Presidente de la Junta por medios de comunicación a distancia y (iii) voto anticipado a través de medios de comunicación a distancia. Cualquiera de estas modalidades de participación en la junta podrá arbitrarse por los administradores aún cuando no esté prevista en los estatutos de la sociedad, siempre y cuando se acompañe de garantías razonables para asegurar la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto. Los administradores podrán asistir a la reunión, que se considerará celebrada en el domicilio social con independencia de donde se halle el Presidente de la Junta, por audioconferencia o videoconferencia.

De ello se desprende que, en el caso de las Sociedades Anónimas Cotizadas, desde la redacción inicial del Real Decreto-ley 8/2020 se preveía que se pudiera celebrar la Junta de forma telemática, aunque hubiese sido convocada de forma presencial siempre que fuese posible la participación (la asistencia telemática y la emisión del voto a distancia) de todos los socios en la reunión y se publicara un anuncio complementario de convocatoria, al menos 5 días antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta, por los medios habituales de convocatoria (que en el caso de sociedades cotizadas son BORME, página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y página web de la sociedad convocante).

Por su parte, la posibilidad de celebración de una Asamblea General de una Cooperativa por vía telemática, aunque no existiese previsión estatutaria, se recoge en el Real Decreto-ley, de 31 de marzo de 2020 (vigente desde el 2 de abril), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. En esa norma, por la que se modifica el artículo 40.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en el último párrafo se añade:

1. (...) Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico.

Junto a lo reseñado, el artículo 40.6 prevé que:

6. Si la convocatoria de la junta general se hubiera publicado antes de la declaración del estado de alarma pero el día de celebración fuera posterior a esa declaración, el órgano de administración podrá modificar el lugar y la hora previstos para celebración de la junta o revocar el acuerdo de convocatoria mediante anuncio publicado con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas en la página web de

la sociedad y, si la sociedad no tuviera página web, en el «Boletín oficial del Estado». En caso de revocación del acuerdo de convocatoria, el órgano de administración deberá proceder a nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera finalizado el estado de alarma.

De la regulación transcrita no se deduce que, no tratándose de Sociedades Cotizadas, se pudiera celebrar la Junta (Asamblea) de forma telemática, aunque hubiese sido convocada de forma presencial, siempre que se publicara un anuncio complementario de convocatoria, al menos 5 días antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta (Asamblea), por los medios habituales de convocatoria. A lo sumo, sobre la base de la aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 40, el Consejo Rector podrá haber optado por revocar el acuerdo de convocatoria y posponer la celebración de la Asamblea.

SEXTO.- SOBRE LA ACTUACIÓN DE LA COOPERATIVA A LA LUZ DE LA NORMATIVA APLICABLE

A) La actuación de la Cooperativa, concretando los hechos relevantes para emitir este Laudo, puede resumirse de la siguiente forma:

1. El 12 de marzo de 2020 el Consejo Rector de la Cooperativa aprueba convocar la Asamblea General Ordinaria de la entidad, fijando como fecha de celebración de la misma el 3 de abril de 2020.
2. El 17 de marzo de 2020 se publica por el Consejo Rector de la Cooperativa la convocatoria de la Asamblea (el 14 de marzo de 2020 se había aprobado el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma).
3. El 31 de marzo de 2020 el Consejo Rector de la Cooperativa aprueba modificar la celebración de la Asamblea General, indicando que será telemática y dándole publicidad al acuerdo en la intranet de la Cooperativa (...) mediante *anuncio complementario de convocatoria*. En ese anuncio, la Cooperativa reconoce que técnicamente no puede extender la participación a todos los socios y la limita a los

socios identificados, “*que habían asumido el compromiso de asistir presencialmente a la Asamblea General Ordinaria*” (sic).

4. El 3 de marzo de 2020 se celebra, por vía telemática, la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa, sin la presencia de D...., al que se ha denegado su solicitud de participación realizada el día 1 de abril de 2020. En la Asamblea, reseñado de forma resumida, se adoptan los siguientes acuerdos:

1°. Se designa a las personas socias, Dña. ... y D. ... para que, dentro del plazo de 15 días, comprueben el Acta correspondiente a esta sesión de la Asamblea General y una vez cercioradas de que responde fielmente a lo tratado y acordado en ella, la aprueben y la firmen juntamente con el Presidente y el Secretario.

2°. Se aprueba la actuación del Consejo Rector y el Informe de Gestión, así como las Cuentas Anuales individuales y consolidadas del Ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2019.

3°. Se aprueba el Estado de Información No Financiera Consolidado del ejercicio 2019.

4°. Se aprueba reelegir a... Auditores, S.L. El nombramiento comprenderá la realización de la auditoria del ejercicio que se prolonga desde el 1 de enero de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2021.

5°. Se aprueba la distribución de excedentes netos del ejercicio 2019.

6°. Se aprueba la distribución de la contribución para la Educación y Promoción Cooperativa y Otros Fines de Interés Público 2019.

7°. Se aprueba la aportación de las personas socias del 03.04.2020 y hasta la celebración de la próxima Asamblea General Ordinaria.

8°. Se aprueba la retribución al Capital Social y el interés de los Préstamos Voluntarios.

9°. Se autoriza, hasta un importe máximo, el reembolso de aportaciones por la pérdida de la condición de socios.

B) Sobre la vulneración por la Cooperativa de la normativa legal y estatutaria:

No es un hecho discutido, dado que se reconoce incluso por la parte actora, que el Consejo Rector de la Cooperativa cuando realiza la convocatoria inicial el día **17 de marzo de 2020** cumple con los requisitos legales y estatutarios de convocatoria de la Asamblea, publicando, además, el anuncio de la convocatoria en la intranet de la Cooperativa (...).

En la convocatoria, de acuerdo con lo regulado en los Estatutos que no prevén la posibilidad de asistencia telemática, se indica que la Asamblea se realizará de forma presencial y no se limita de ningún modo los derechos de asistencia y voto de los socios; reconocidos, entre otros, en los artículos 23.1. b) y 36.3 de la LCE, cuando dicen, respectivamente, que: *“Las personas socias tendrán derecho a: ... b) Formular propuestas y participar con voz y voto en la adopción de todos los acuerdos de la Asamblea General y demás órganos de los que formen parte”* y que: *“Tendrán derecho de asistencia las personas socias que lo sean a la fecha en la que se acordó la convocatoria de la asamblea general”*; así como en el artículo 14.1. i) de los Estatutos de la Cooperativa, que incide en que: *“Los socios tienen derecho a: ... i) Formular propuestas por los cauces establecidos al efecto en la Cooperativa, y participar con voz y voto en la adopción de todos los acuerdos de la Asamblea General y de todos los demás órganos de los que formen parte”*.

El problema se inicia cuando, el 31 de marzo de 2020, el Consejo Rector de la Cooperativa, mediante *anuncio complementario de convocatoria*, publicado en la intranet de la Cooperativa (...), comunica el acuerdo de celebración de la Asamblea General por vía telemática. A continuación (el 2 de abril de 2020), la Cooperativa deniega la solicitud de participación realizada por D.... el día 1 de abril de ese mismo año. El 3 de abril de 2020 se celebra, por vía telemática, la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa, sin la presencia de D....

Tal como se desprende de las referencias legislativas detalladas en el fundamento jurídico quinto de este Laudo, en el artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, ni siquiera después de la redacción aprobada por el Real Decreto-ley, de 31 de marzo de 2020 (en vigor desde el 2 de abril), se prevé que, mediante en un anuncio complementario de convocatoria, pudiera decretarse la celebración telemática de una Asamblea convocada a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020 para celebrarse de forma presencial. Esa opción solo se contempla en el artículo 41 del Real Decreto-ley 8/2020 para las Sociedades Anónimas Cotizadas.

Sin embargo, dejando de lado las dudas que nos suscita esta actuación de la Cooperativa sin cobertura legal expresa, resulta que tampoco puede decirse que la actuación de la Cooperativa debe verse amparada por haber seguido las pautas marcadas en el artículo 41 del Real Decreto-ley 8/2020 para las Sociedades Anónimas Cotizadas. Y ello, porque tampoco se han cumplido las formalidades exigidas para éstas, por lo siguiente:

1. El anuncio complementario de la convocatoria debe publicarse al menos cinco días naturales antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta (Asamblea en el caso de las Cooperativas), si bien la Cooperativa lo ha publicado solo dos días antes.
2. El anuncio complementario de la convocatoria debe ser publicado por los mismos medios de publicidad que la convocatoria, lo que hubiese exigido su publicación tanto mediante anuncio expuesto en el domicilio social, exponiéndose además en los tablones de anuncios de los centros de trabajo, como en los diarios de gran difusión en el territorio histórico del domicilio social (...); y no únicamente en la intranet de la Cooperativa (...).
3. La celebración de la Junta de las Sociedades Anónimas Cotizadas por vía exclusivamente telemática, esto es, sin asistencia física de los socios, exige que ofrezca la posibilidad de participar en la reunión, ejercitando sus derechos de asistencia y voto a todos los socios, lo que, según reconoce la propia Cooperativa, no era técnicamente posible. Según se detalla en el Acta de la Asamblea, entre presentes y representadas solo asistieron 120 socios (63 presentes y 57 representados) de los 1751 socios convocados, habiéndose

negado de forma reiterada la asistencia a D. . . . , con argumentos que este Árbitro no considera conformes a Derecho, dado que **ni la Cooperativa, en el escrito publicado el 17 de marzo, señaló que toda socio que quisiera asistir a la Asamblea debía manifestarlo antes del 25 de marzo de 2020** (remitimos al texto reproducido en las páginas 6 y 7 de este Laudo, en el que queda claro que la comunicación se solicita solo al efecto de organizar el viaje), ***ni hubiese sido admisible que hubiese puesto esa condición para acudir a la Asamblea.*** Concorre, además, la circunstancia de que lo que iba a ser una Asamblea presencial se transformó en una Asamblea telemática y de que de las 250 plazas existentes para participar en la reunión, según dato aportado por la propia Cooperativa, solo estaban ocupadas 63, por lo que no parecía probable que, desde el día 1 hasta el 3 de abril, hubiese más de 187 solicitudes de asistencia, sin perjuicio de que si hubiese sido así, y si la Cooperativa no hubiese podido atender todas las solicitudes de participación, lo procedente hubiese sido la revocación del acuerdo de convocatoria, por no poder garantizar el derecho de asistencia de los socios, derecho fundamental para dar sentido al ideal democrático que debe regir en las Sociedades Cooperativas.

De lo expuesto, se desprende que la Cooperativa, con su actuación, ha vulnerado las normas contenidas en los artículos 35 y 36 de la LCE y 42.5 de los Estatutos de la Cooperativa, en lo relativo a la forma y publicidad de la convocatoria y funcionamiento de la Asamblea General; así como las previstas en los artículos 23.1. b) de la LCE y 14.1. i) de los Estatutos de la Cooperativa, en lo que respecta al derecho de asistencia y voto a la Asamblea General de la entidad, sin que ésta (su actuación) pueda verse amparada por una aplicación extensiva ni analógica del 41 del Real Decreto-ley 8/2020. Por ello, no cabe decir que la actuación del demandante constituya una extralimitación (como frivolidad absoluta se califica en la contestación a la demanda) a la que la Ley no concede protección alguna, susceptible de ser calificada como abuso de derecho.

SÉPTIMO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA ASAMBLEA Y DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS EN ELLA POR INFRACCIÓN DE NORMAS LEGALES Y ESTATUTARIAS

La normativa relativa a la impugnación de acuerdos se detalla en el artículo 41 de la LCE, que establece que:

1. Podrán ser impugnados los acuerdos de la asamblea general que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de una o varias personas socias o de terceras personas no socias, los intereses de la cooperativa.

*2. No procederá la impugnación de un acuerdo que haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro **en los términos de la Ley de Sociedades de Capital** ni en los demás supuestos que dicha norma prevé. Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juzgado de lo mercantil otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.*

*3. **La acción de impugnación podrá ser ejercitada por todas las personas socias, las personas administradoras, las personas miembros de la comisión de vigilancia y cualquier persona tercera no socia con interés legítimo, y caducará en el plazo de un año, con excepción de los acuerdos que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público.***

4. El plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación prevista en el apartado anterior de este artículo se computará desde la fecha de adopción del acuerdo o, si fuera inscribible, desde la fecha de su inscripción en el Registro de Cooperativas de Euskadi.

5. Con carácter general el procedimiento de impugnación se acomodará a las normas establecidas en la Ley de Sociedades de Capital, con la salvedad de que para solicitar en el escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado se exigirá que quien demande sea la Comisión de Vigilancia o personas socias que representen al menos un 10% del número de votos en cooperativas de más de 50 personas socias, un 15% en las cooperativas de entre 10 y 50 personas socias y el 20% en cooperativas de menos de 10 personas socias.

6. La sentencia estimatoria de la acción de impugnación producirá efectos frente a todas las personas socias, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceras personas no socias de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro de Cooperativas de Euskadi, la sentencia determinará su cancelación.

Por su parte, el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), al que remite la LCE, en su apartado 3 a): dispone que:

3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

A la vista de todo lo anterior, es decir, considerando que la actuación de la Cooperativa no ha respetado la normativa legal y estatutaria en lo relativo a la forma y publicidad de la convocatoria y funcionamiento de la Asamblea General; así como en lo que respecta al derecho de asistencia y voto de los socios a la Asamblea General de la entidad (infracción, sin duda, relevante); y, asimismo, dado que el demandante ha presentado su demanda dentro del plazo legalmente concedido para hacerlo y que se encuentra legitimado para impugnar el acuerdo por ser socio, este Árbitro entiende que debe estimar las pretensiones del actor, sin que proceda valorar, a los efectos de este Laudo, las relaciones personales que la parte actora mantiene con los miembros del Consejo Rector de la Cooperativa.

RESOLUCIÓN

Se estima la demanda de arbitraje formulada por D... y se declara la nulidad de la Asamblea General Ordinaria de... S. Coop. celebrada el 3 de abril de 2020 y de todos sus acuerdos, lo que conlleva, asimismo, la cancelación de los acuerdos aprobados en dicha Asamblea que hayan sido inscritos en el Registro de Cooperativas de Euskadi.

Las costas, conforme a los artículos 65 y ss. del Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, se abonarán por partes iguales al no apreciarse mala fe.

Este Laudo será notificado a las partes de modo fehaciente.

Así, por este Laudo, definitiva e irrevocablemente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo, extendiéndolo sobre 23 folios mecanografiados por una sola cara en el lugar y fecha del encabezamiento.

Fdo.: D....
Árbitro SVAC