

EXPEDIENTE ARBITRAL 9/2010

BITARTU, Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi

LAUDO

En Donostia-San Sebastián, a 13 de marzo de 2011.

Vistas y examinadas por el árbitro D^a M PR, con domicilio a estos efectos en ..., las cuestiones controvertidas sometidas a la misma por las partes: de una, por Dña. MJT (...) en nombre de D. D M E contra E S. Coop (...) atendiendo a los siguientes antecedentes y motivos:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El árbitro fue designado para el arbitraje de equidad [Exp. Arb.9/2010] por acuerdo del Presidente de BITARTU, Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, el 1 de septiembre de 2010, 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 (Disposición Final Primera). Dicho acuerdo fue notificado al árbitro y aceptado por éste.

SEGUNDO.- Dña. M JT en nombre de D. D M E formuló escrito de demanda en el que, fundamentalmente, se solicitaba que se reconociera que la Cooperativa ha conculcado una serie de derechos del demandante socio-trabajador (que se

detallan de manera pormenorizada en las páginas 6 a 20 de dicho escrito) y que por ello se declarase, [se reproduce al efecto el resumen incluido en su escrito de conclusiones], todo lo que sigue:

1. La obligación del Consejo Rector de entregar al socio D M E información acerca del importe de los salarios de los miembros del Consejo Rector.
2. EL derecho del socio a obtener copias de las actas de las Juntas que se celebren en el futuro así como de las cuentas anuales, y tanto respecto de Edar S. Coop., como de las mercantiles I SL e Id SL.
3. El derecho del socio a obtener copias de las auditorías que se realicen
4. El derecho del socio a acudir representado a las Juntas por un tercero, aunque no sea socio.
5. La nulidad de la transmisión de las participaciones sociales de Id S.L. a I S.L. por cuanto el Consejo de Administración de E S. Coop. no contó con el respaldo de la Asamblea General, ya que no fue sometido a valoración.
6. La existencia de múltiples irregularidades en la contabilidad de E S. Coop., Id SL e I SL, en diferentes ejercicios, y en los términos que resultan de la demanda y de las que deberán responder personalmente los miembros del Consejo Rector, en lo que puedan perjudicar al Sr. M por la existencia de un menor beneficio, o una disminución de reservas, como consecuencia de dichas irregularidades.
7. La responsabilidad de los miembros del Consejo Rector en cuanto a la falta de aplicación a los fines legalmente establecidos de los Fondos de Educación Formación y Promoción, que han ido dotándose año tras año.

TERCERO.- La Cooperativa demandada, E, S. Coop representada por el Presidente de su Consejo Rector, D. J O G, en su escrito de contestación, solicita de contrario que se inadmitan la totalidad de tales pretensiones, en primer lugar, por defecto en la forma de proponer la demanda y subsidiariamente por carecer las pretensiones del socio de finalidad específica, no ser ciertas las imputaciones que hace a la Cooperativa y, en el caso de la fijación del período de vacaciones del socio, por incompetencia del árbitro sobre tal materia. Se sostiene básicamente la inadmisibilidad de lo solicitado por el socio demandante tanto por motivos de forma como porque ejerce sus acciones frente a la Cooperativa con un ánimo puramente obstruccionista, en

busca de pretensiones injustificadas y extemporáneas, con las que solo busca entorpecer y distorsionar el normal discurrir de la vida cooperativa.

CUARTO.- La prueba documental propuesta por las partes fue admitida y, consecuentemente, se recibió y consideró toda la documentación aportada. Respecto a la restante prueba solicitada, el árbitro resolvió su inadmisión por no ser útil o pertinente respecto al objeto del procedimiento.

QUINTO.- Se dio traslado a las partes de copias de la documentación aportada, y, tras un período para su adecuada consideración, se abrió el período de conclusiones. Ambas partes las formularon y presentaron en tiempo y forma.

SEXTO.- 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.

MOTIVOS

A pesar de que en el presente expediente se trata de un arbitraje de equidad, y por ello no se exige la motivación del Laudo, se cree conveniente la misma para su mejor comprensión.

PRIMERO.- EXCEPCIÓN POR DEFECTO EN LA FORMA DE PROPONER LA DEMANDA

La Cooperativa demandada opone una excepción previa por defecto en la forma de proponer la demanda. En efecto, el demandante no procede a la manera tradicional de formular claramente sus pretensiones al final de su escrito sino que se limita a solicitar de manera ambigua que somete a arbitraje las cuestiones anteriormente identificadas en dicho escrito.

Tal hecho es cierto y dificulta tanto la labor del árbitro como la defensa de la demandada, especialmente porque muchas de sus alegaciones son meras exposiciones de hechos o valoraciones de parte, sin que se concrete ninguna pretensión clara y específica.

No obstante, hay que considerar que las exigencias de forma propias del procedimiento civil se ven considerablemente rebajadas en el arbitral, sobre todo si éste es de equidad.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha venido considerando que, en el arbitraje de equidad, el juicio de arbitraje se caracteriza por la simplicidad de las formas procesales y el uso del arbitrio (“saber y entender”) por el juez árbitro, no obligado a la motivación jurídica, estableciéndose que el árbitro debe “decidir según su leal saber y entender, más allá del rigor que impone el estricto sometimiento a derecho” (como afirma, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), en su sentencia de 9 mayo de 2000, siguiendo lo tradicionalmente establecido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 2-5-1962 , 16-2-1968, 28-3-1970, 4-2-1983, 14-7-1986 , 30-11-1987, 17-3-1988 y 2-2-1990, Esta última sentencia literalmente sostiene que «... en la modalidad de equidad caracteriza su procedimiento la libertad y flexibilidad y **la falta de formas legales, es decir carente de normas reguladoras de como se debe proceder...**» (STS 2-2-1990).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 14 de noviembre de 1984, expone la interpretación constante y uniforme de la doctrina de este Tribunal como sigue:

“habiendo sido elegida en este caso la vía del arbitraje de equidad, de entre los dos que permite la vigente Ley (...) **no tiene que someterse a formas legales**, ni que ajustarse a Derecho en cuanto al fondo”

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) en su Sentencia de 25 abril de 2001 o recientemente la

Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 3ª) en su Sentencia de 28 de junio de 2010.

Por lo expuesto, el árbitro entiende que no puede limitarse a denegar lo solicitado en base a este argumento de carácter formal.

Ahora bien, entrando en el fondo del debate, aquellas peticiones concretas que resulten mal planteadas, por oscuras, ambiguas o carentes de contenido conforme a la ley, deberán rechazarse por vulnerar, en perjuicio de la Cooperativa demandada, el mandato contenido en el artículo 24.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que ordena: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse **a cada una de ellas** suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

A este respecto, no se considerará vinculante la recopilación aclaratoria que consta incluida al final del escrito de conclusiones del demandante, ya que ello conculcaría los principios de igualdad, audiencia y contradicción, en perjuicio de la Cooperativa, que no contada con ella desde un principio. Por su parte, ésta ha contestado de modo extenso y pormenorizada a los diversos puntos de la demanda [páginas 4 a 59 del escrito de contestación] lo que impide considerar que se le haya podido producir indefensión.

Para terminar, lo que sí constituye un defecto incuestionable es que, al final de su escrito, se dirijan las pretensiones formuladas en el procedimiento contra. ID S.L., e I S.L. Por mucho que las dos últimas sean sociedades íntegramente participadas por la Cooperativa, son sociedades mercantiles, que gozan de personalidad jurídica plena y separada y, por tanto, carentes de toda legitimación pasiva. Ni están ni pueden estar sometidas a éste arbitraje cooperativo ni ser demandadas en él, pues ni son cooperativas ni pueden someterse a este procedimiento (ni lo han hecho, en realidad),

Por tanto, no siendo demandadas, no pueden, conculcando los más elementales principios procesales, ser eventualmente objeto de ningún

pronunciamiento o condena alguna La única demandada y la única legitimada para ser objeto de pretensiones o de la decisión arbitral es E S. COOP.

SEGUNDO.- PRETENSIONES DE FONDO DE LA DEMANDA

Se plantea en esta controversia la determinación de los derechos del socio demandante en relación a varios puntos debatidos que a continuación se analizarán de manera separada, así como el alegado incumplimiento por parte de la Cooperativa de sus obligaciones legales, con las consecuencias que en cada caso se expondrán.

1. ACUERDO FIJANDO LAS VACACIONES DEL SOCIO. EXCEPCION DE FALTA DE COMPETENCIA.

El socio demandante solicita, según propia interpretación, que se declarase nulo el acuerdo por el que se le denegó de manera intempestiva el disfrute de las vacaciones en la fecha solicitada, siendo a su parecer el único trabajador de la empresa destinado en Canarias desde el 10 de agosto de 2009 .La Cooperativa, por su parte opuso que la fijación de las vacaciones del socio trabajador es una cuestión que debe someterse a la jurisdicción laboral en los breves plazos legales fijados para ello y no es, por tanto, susceptible de resolverse en arbitraje.

Previamente, debe aclararse que el artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre establece la **potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia**, de manera que. “Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

Por su parte, el artículo 22.3 de la misma Ley, sobre el modo de adoptar tal decisión establece que:” Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones

sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral”.

Dado que se trata de una sola petición dentro de una lista mucho más amplia se ha optado por resolver la excepción en el laudo, junto con las demás cuestiones relativas al fondo del asunto.

EL artículo 101,1 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi [en adelante LCE] indica que los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General son competentes para establecer el marco básico del régimen de trabajo de los socios trabajadores. Así, incluye para su regulación como materias de dicho régimen la organización del trabajo, las jornadas, el descanso semanal, las fiestas, **las vacaciones**, los permisos, la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica, las excedencias o cualquier otra causa de suspensión o extinción de la relación de trabajo cooperativo, y, en general, cualquier otra materia directamente vinculada con los derechos. Por su parte, el artículo 104,1 LCE, sobre cuestiones contenciosas, establece que los órganos jurisdiccionales de orden social son los que conocen de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores por su condición de tales.

Debe darse la razón a la Cooperativa demandada en este punto, frente a la opinión del demandante de tratarse de un conflicto basado en su relación societaria, cuando sostiene que decidir tal cuestión está reservado a la jurisdicción social y no a la civil. No constituye, por ello, materia susceptible de someterse a este arbitraje.

Es sabido que la doble condición que el socio-trabajador tiene en la Cooperativa, ya que por un lado existe una relación societaria y al mismo tiempo se presta una actividad de trabajo, da lugar a la existencia de una clara dualidad de jurisdicciones. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Andalucía, (Sala de lo Social) núm. 1015/2008 de 2 abril de 2008 establece que:

“ lo que afecta a la prestación servicial, a **la relación de trabajo queda sometido a la que le es propia** pero no aquellos otros aspectos que, considerados desde el punto de vista de "socio trabajador", responden en muchos casos a "derechos políticos" que derivan de dicha cualidad. Aquel aspecto de **la relación, en lo que concierne al trabajo, entra dentro de ésta rama Social** del Derecho pero los derivados de fuentes distintas a dicho "trabajo" no es ésta la Jurisdicción competente.”

En idéntico sentido la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 noviembre 1985, que afirma:

“el **orden social atrae para sí la competencia** en relación a cuestiones que se susciten a propósito de los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada, quedando **únicamente excluidos los conflictos no basados en la prestación del trabajo** o sus efectos, «los conflictos no basados en la prestación de trabajo o sus efectos, ni comprometidos sus derechos en cuanto aportante de trabajo y que puedan surgir entre cualquier clase de socio y las cooperativas de trabajo asociado, estarán sometidos a la jurisdicción civil».

Similares pronunciamientos pueden hallarse en las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) de 20 noviembre de 2006 y, en nuestro ámbito, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social) núm. 158/2001 de 23 enero de 2001, precisamente sobre una cooperativa con cláusula de sometimiento a arbitraje cooperativo.

Debe por todo ello determinarse que esta pretensión no puede acogerse ni decidirse en este procedimiento, puesto que es evidente que la fijación de la fecha en que pueden disfrutarse las vacaciones anuales afecta a los derechos del socio, no en su vertiente societaria, sino en cuanto aportante de trabajo, de conformidad con el propio criterio de la legislación cooperativa.

Aún sin entrar pues en la cuestión de fondo, no puede desconocerse que la Cooperativa justifica que no es una decisión que afecte sólo a este socio ni sea arbitraria, sino que obedece a razones objetivas de planificación y carga de trabajo, reconociendo el propio demandante que la obra a la que fue enviado iba retrasada pues debería haber finalizado el 30 de junio de 2010.

2. SOLICITUD DE INFORMACIÓN RELATIVA A LOS SALARIOS DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO RECTOR.

El socio demandante solicita que se declare la obligación del Consejo Rector de entregarle la información por él solicitada acerca del importe de los salarios de los miembros del Consejo Rector (si bien la Cooperativa ha entendido que se refería a todos los socios). El Consejo Rector aprobó por unanimidad, denegar al socio el listado de “sueldos de los trabajadores de la cooperativa, por cuanto dicha petición excede de lo establecido en los Estatutos y en el art. 24 de la Ley de Cooperativas respecto al derecho de información de los socios, y su puesta a disposición a favor del socio solicitante supondría la infracción de la legislación vigente sobre Protección de Datos de Carácter Personal”.

Previamente es preciso concretar el contenido de la petición. Técnicamente, en la Cooperativa de trabajo asociado no hay sueldos ni salarios, desempeñen los socios trabajos ordinarios o sometidos a la relación laboral especial de alto cargo (directores, gerentes..), sino **anticipos laborales** mensuales, definidos en el artículo 99 6 de la LCE (“Los socios trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, anticipos laborales en cuantía no inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual.”). En caso de administradores, además, los estatutos o, en su defecto, la Asamblea General podrán asignarles **remuneraciones** específicas por su función y, en todo caso, serán resarcidos de los gastos que el cargo les origine.

Ciertamente, el artículo 23,1, d) de la LCE establece el derechos de todos los socios a recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, los socios deberán ejercitar sus derechos de conformidad con las normas legales y estatutarias y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la cooperativa (artículo 23, 2 de la LCE).

Dada la posibilidad de conflicto entre este derecho del socio y el interés social de la Cooperativa, tradicionalmente el Derecho de sociedades ha regulado específicamente el mecanismo para exigir información y los límites de tal derecho, que vamos a examinar.

- Los socios podrán ejercitar el derecho de información en los términos previstos en la ley, en los Estatutos o en los acuerdos de la Asamblea General, que podrán establecer los cauces que consideren oportunos para facilitar y hacer efectivo este derecho de los socios (Artículo 24,1 de la LCE).
- Todo socio podrá solicitar por escrito a los administradores las aclaraciones o informes que considere necesarios sobre cualquier aspecto del funcionamiento o de los resultados de la cooperativa, que deberán ser proporcionados en la primera Asamblea General que se celebre pasados quince días desde la presentación del escrito.(Artículo 24,3 de la LCE).
- Cuando en la Asamblea General, de acuerdo con el orden del día, haya de deliberarse sobre las cuentas del ejercicio o cualquier propuesta económica, los documentos que reflejen las cuentas anuales, la propuesta de aplicación de resultados y, en su caso, el informe de gestión realizado por la Comisión de Vigilancia o la auditoría externa de cuentas, deberán estar a disposición de los socios en el domicilio de la cooperativa, para que puedan ser examinados por los mismos durante el plazo de convocatoria. Durante este plazo los socios podrán solicitar por escrito, al menos con cinco días de antelación a la celebración de la Asamblea, las explicaciones y aclaraciones referidas a aquella

documentación económica para que sean contestadas en el acto de la asamblea (Artículo 24,4 de la LCE).

- Sin perjuicio del derecho establecido en apartados anteriores, los socios que representen al menos el diez por ciento del total de los votos sociales podrán solicitar por escrito en todo momento la información que consideren necesaria. Los administradores deberán proporcionar por escrito la información solicitada, en un plazo no superior a treinta días (Artículo 24,5 de la LCE).
- **Límites y garantías del derecho de información** Los administradores sólo podrán **denegar, motivadamente**, la información cuando la solicitud resulte temeraria u obstruccionista, o el proporcionarla ponga en **grave peligro los intereses legítimos de la cooperativa**. No obstante, no procederá esta excepción cuando la información denegada haya de proporcionarse en el acto de la Asamblea General y la solicitud de información sea apoyada por más de la mitad de los votos presentes y representados y, en los demás supuestos, cuando así lo acuerde el Comité de Recursos o, en su defecto, la Asamblea como consecuencia del recurso que los socios solicitantes de la información hayan interpuesto (Artículo 25,6 de la LCE).

Dejando aparte que el demandante se interesa por los “salarios” de los miembros del Consejo Rector, al parecer se refiere a los anticipos y a la remuneración individualizada (su volumen conjunto ya es público). La información solicitada, a juicio de la cooperativa que la deniega, puede causar, si se facilita, daños a la misma por vulnerar el derecho al honor y la intimidad de los socios concernidos (derechos individuales básicos en la Constitución Española) además de la legislación sobre protección de datos..

El derecho de información no es absoluto y siempre debe ejercerse de buena fe. Como precisa la reciente Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil,) nº 148/2007 de 14 de febrero, con cita de la de 8 de mayo de 2003 el derecho de información “reconocido a los socios, si bien constituye, sin duda,

un derecho fundamental societario, no se puede llevar a un extremo tal que produzca un imposible funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sobre todo enclavando la alegación de tal derecho en el área del abuso del derecho; y –se añade ahora- **no se puede desvincular el derecho de los socios** a obtener información de su propia finalidad, cual es el ejercicio adecuado y responsable de su **derecho de voto**, que no cabe ver infringida en este caso, cuando en la Junta se facilitaron por escrito las razones que justificaron la inclusión de los puntos en el orden del día, tendentes, a su vez, a recabar la información precisa acerca de la gestión de los asuntos sociales, por quien fue uno de los directivos de la sociedad, y a facilitar a los socios la información sobre la verdadera situación económica de la empresa.”

Ciertamente, el facilitar información que pueda vulnerar derechos constitucionales de los socios es claramente susceptible de perjudicar los intereses de la Cooperativa, exponiéndola al peligro de ulteriores acciones legales y, en un plano cotidiano, generando malestar. Por otro lado, no está claro que la solicitud obedezca a un interés legítimo que haga esta información imprescindible; si se trata de cuestionar la gestión social, éste será deficiente o no, con independencia de la cuantía de la remuneración de los Consejeros. Además, lo propio hubiera sido llevar la denegación de información a la Asamblea (recurso de que disponen los socios solicitantes de la información denegada ex artículo 25,6 de la LCE) para que el colectivo de socios valorara los intereses en juego.

El derecho en general no es partidario de hacer pública la información sobre estas cuestiones. Incluso para las sociedades cotizadas, sometidas a las mayores exigencias de publicidad, se establece tan sólo que: “Las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluirán en el informe de gestión, en una sección separada, el informe de gobierno corporativo” (Artículo 526 de la Ley de Sociedades de capital). Pues bien, dicho informe de gobierno corporativo, en su recomendación 41 (cuyo escaso seguimiento es bien conocido) tan sólo recomienda a la sociedad -sin exigirlo- facilitar las retribuciones individuales de los consejeros desglosadas, sin entrar en la

cuestión salarial (excepto respecto a las retribuciones de quienes ejerzan específicamente funciones de alta dirección).

En conclusión, no ha de considerarse ilegítima la denegación de esa información por la Cooperativa por estar razonablemente motivada, sin perjuicio del derecho del socio de plantear su reclamación en la Asamblea General.

3. DERECHO DEL SOCIO A OBTENER COPIA DE LAS ACTAS DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE LAS CUENTAS ANUALES Y LOS INFORMES DE AUDITORIA

EL demandante solicita se declare el derecho del socio a obtener copias de una serie de documentos sociales. Así, del acta de la Asamblea general de 18 de junio de 2010, de las actas de las Asambleas que se celebren en el futuro, de las cuentas anuales (así como de la acreditación de su depósito) y auditorías que se realicen. Sobre las cuentas, se solicitan tanto respecto de E S. Coop, como de las mercantiles I SL e Id SL. También solicita que se ordene la realización de las correspondientes auditorías de los ejercicios 2001 a 2008.

La demandada ya ha aportado junto con su escrito de contestación a la demanda, parte de la información solicitada, en concreto, copia de las cuentas anuales y del Informe de Auditoría correspondientes al ejercicio 2009.

En general, puede declararse sin dificultad el derecho del socio a obtener copia de las actas de las Asambleas generales, de las cuentas anuales y de los informes de auditoría que se realicen.

De conformidad con el artículo 24,2 b) y c) de la LCE todo socio tendrá derecho a examinar el libro registro de socios de la cooperativa y el libro de actas de la Asamblea General, y, si lo solicita, los administradores deberán proporcionarle **copia certificada del acta y de los acuerdos** adoptados en la Asamblea General, y certificación de las inscripciones en el libro registro de

socios previa solicitud motivada y a solicitar copia certificada de los acuerdos de los administradores que le afecten individualmente.

En relación a la documentación contable, el artículo 24,4 de la LCE establece que cuando en la Asamblea General, de acuerdo con el orden del día, haya de deliberarse sobre las cuentas del ejercicio o cualquier propuesta económica, **los documentos que reflejen las cuentas anuales, la propuesta de aplicación de resultados y**, en su caso, el informe de gestión realizado por la Comisión de Vigilancia o **la auditoría externa de cuentas, deberán estar a disposición de los socios** en el domicilio de la cooperativa, para que puedan ser examinados por los mismos durante el plazo de convocatoria.

Teniendo en cuenta que el socio tiene pleno acceso a dicha información y por analogía con lo dispuesto en la Ley de Sociedades de capital no hay dificultad en declarar su derecho a obtener copia de dichos documentos de la Cooperativa.

Sobre las cuentas de las sociedades limitadas participadas por la Cooperativa hay que decir que, en principio, el demandante no es socio de éstas y no se le concede acceso a ellas. Con todo, puesto que la Cooperativa ha de disponer de dichas cuentas entre su documentación social y que las tres sociedades forman en conjunto el autodenominado “Grupo I”, repercutiendo sus resultados en los de la Cooperativa, resulta equitativo conceder al socio derecho a obtener copia de ellas, siempre que las solicite y no estén ya incluidas en el conjunto de la documentación contable depositada antes de la Asamblea.

Respecto a la pretensión de que se ordene la realización de las auditorías de los ejercicios 2001 a 2008, hay que aclarar que la Ley establece tan sólo algunos supuestos en que el socio está legitimado para exigirla. Las cooperativas deberán someter sus cuentas a auditoría externa cuando así resulte Ley de Auditoría de Cuentas o de sus normas de desarrollo, cuando lo solicite una minoría de socios suficiente para exigir la convocatoria de la

Asamblea General o cuando lo prevean los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General o la Comisión de Vigilancia (Artículo 72, 1 LCE).

La petición del socio sólo puede acogerse a un antiguo acuerdo de la Asamblea General (cuyo contenido en todo caso afectaría a las próximas cuentas y que, en opinión del árbitro, no tendría vigencia indefinida) para un ejercicio cuyas cuentas, como las de ejercicios posteriores, fueron aprobadas en su día y son ya firmes e inimpugnables, al haber transcurrido con mucho el plazo de caducidad de la acción de nulidad.

Por todo ello, no cabe establecer la obligación de la Cooperativa de realizar las auditorías solicitadas.

4. DERECHO DEL SOCIO DE ACUDIR REPRESENTADO A LA JUNTA GENERAL ORDINARIA

El socio demandante sostiene que el art. 34,4 de la LCE permite a los socios hacerse representar por otro socio en la Asamblea general, pero, a sensu contrario, no impide que dicha representación pueda recaer en un tercero, que no tenga tal carácter de socio por lo que es ilegítimo que se le haya privado de su derecho.

Lo cierto es que la legislación cooperativa, tanto estatal como autonómica, históricamente ha establecido que la Asamblea debe quedar reservada a los socios e incluso ha venido configurando la participación en este órgano social como un derecho tanto como un deber del socio (artículos 22 y 23 de la LCE). El principio es la asistencia personal de los socios y, como única excepción, la representación por otros socios, sin permitir extraños en la Asamblea.

Con mayor razón, no conviene la presencia de extraños cuando es patente el enfrentamiento del socio con la Cooperativa y no sólo con su Consejo Rector, hasta el punto de declarar literalmente, que si sólo puede

conferir su representación a otro socio se vería privado de su derecho a asistir representado por persona de su confianza (de hecho, asistió personalmente).

Hay que declarar por tanto que el socio demandante carece del derecho de acudir a la Asamblea representado por un tercero no socio.

5. TRANSMISIÓN POR EL CONSEJO RECTOR DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES DE I S.L. A ID S.L.

El socio demandante sostiene la nulidad de la transmisión de las participaciones sociales de I S.L. a Id S.L. por el Consejo de Administración de E S. Coop .

La transmisión resultaría nula, por no contar el Consejo Rector con la aprobación de la Asamblea General para la transmisión del capital social de I y también porque su transmisión se realizó por un valor inferior al neto contable. A su parecer, tanto el artículo 31,i) de la LCE como el artículo 30 de los Estatutos sociales establecen que será competencia exclusiva de la Asamblea General constituir cooperativas de segundo grado, corporaciones cooperativas y entidades similares, así como adherirse y separarse de las mismas. Por analogía la Asamblea aprobó la constitución de Id SL y esta analogía debería extenderse también a la transmisión de dichas participaciones.

Entre las competencias exclusivas del Consejo Rector está la representación y gestión de la Cooperativa (artículo 40,1 de la LCE y 30 de los Estatutos sociales). En este concepto debe incluirse la transmisión de participaciones sociales que sean propiedad de aquélla, sin que esta operación deba asimilarse o equivalga a la mucho más grave de constituir cooperativas de segundo grado, corporaciones cooperativas y entidades similares, así como adherirse y separarse de las mismas.

Además, puesto que las participaciones de I S.L. se transmiten a otra sociedad limitada (Id S.L) también íntegramente participada por la

Cooperativa, se hace difícil sostener que la enajenación sea competencia de la Asamblea por suponer “una modificación sustancial en la estructura económica, organizativa o funcional de la cooperativa” (Artículo 31,i) de la LCE). Dado que el patrimonio enajenado sólo formalmente cambia de titular y permanece en el seno del “Grupo Ir” tampoco tiene relevancia ni resulta perjudicial el precio por el que se haya adjudicado.

Por tanto, la transmisión debe considerarse válida y eficaz.

6. EXISTENCIA DE MÚLTIPLES IRREGULARIDADES Y DISCREPANCIAS EN LAS CUENTAS ANUALES Y OTROS INCUMPLIMIENTOS DE LA LEGALIDAD.

El socio demandante denuncia la existencia de múltiples y graves irregularidades y discrepancias en la contabilidad de E S. Coop., Id SL e I SL, en diferentes ejercicios (entre los años 2003 y 2007) y de las que deberán responder los miembros del Consejo Rector, en lo que puedan perjudicar al socio. Entre otras muchas, se menciona la divergencia en la cifra de capital o de beneficios, gastos de personal o provisiones por pérdidas y por deterioros elevados o injustificados, variación en las provisiones por operaciones comerciales y diferencias entre las cifras que se presentan a los socios y las declaradas en el Impuesto de sociedades.

Hay que adelantar que el acuerdo de aprobación en su día por mayoría de socios de las citadas cuentas ha devenido firme y que de la documentación aportada por la Cooperativa se deduce que sus socios en su gran mayoría se muestran conformes con la gestión social y el nivel de información. Por otro lado carece de contenido una acción declarativa de que se han producido dichas irregularidades.

Deber destacarse que, en cualquier ejercicio, a partir de su incorporación, el socio demandante ha podido impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales y no sólo no lo ha hecho sino que, hasta el

ejercicio 2007, votó a favor. El socio demandante aduce que: “mal se puede impugnar aquello que se desconoce por ser una información negada sistemáticamente desde el Consejo Rector” pero este argumento no puede acogerse cuando la mera falta de documentación contable a disposición de los socios antes de la Asamblea General o la falta de satisfacción de su derecho de información son por sí mismas causas suficientes para impugnar el acuerdo de aprobación de dichas cuentas anuales por ser nulo, por contrario a la ley,

Hay que recordar que 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 uno o varios socios o de terceros, los intereses de la cooperativa.(Artículo 39. 1 de la LCE).

Aunque no se expresa por claridad, a partir de esa declaración de irregularidad de la contabilidad, parece que el demandante pretende exigir algún tipo de responsabilidad a los miembros del Consejo Rector (“se solicita la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector “).

Pues bien, sin perjuicio de que es preciso señalar claramente que tipo de acción se interpone y demandar también a los administradores, debe acreditarse de manera inequívoca la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el diseño legal de tales acciones.

El derecho de sociedades es muy estricto al configurar los deberes de los administradores, que desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, cumpliendo sus deberes de secreto y lealtad, obrando como un representante leal **en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad**, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (Artículos 225, 226 y 232 de la Ley de Sociedades de capital).Por su parte el artículo 47,1 de la LCE establece que:

“Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante legal, **respondiendo de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los Estatutos o**

realizados sin la diligencia debida, que deberá estimarse con más o menos rigor en función del carácter retribuido o no del cargo. Deben guardar secreto sobre los datos que tengan carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.”

Ante las múltiples obligaciones de todo tipo que alcanzan a los administradores (contractuales, societarias, administrativas, laborales o tributarias) sería difícil que, siquiera por error, ignorancia o imposibilidad, no se incumpla en alguna medida dichas obligaciones. Para evitar que ello conlleve continuos pleitos que hagan inviable la vida societaria las leyes han venido estableciendo que no basta el mero incumplimiento de la ley. En todo caso, para solicitar la responsabilidad de los administradores es un requisito imprescindible la prueba de que el acto realizado u omitido negligentemente ha sido la causa directa y eficiente de la lesión sufrida por la sociedad o el perjudicado.

Se diseña así un sistema de acciones sociales e individuales estrictamente limitado. El artículo 48 de la LCE (Acciones de responsabilidad contra los administradores) establece al respecto:

1. La **acción social de responsabilidad** contra los administradores podrá ser ejercitada **por la cooperativa**, previo acuerdo de la Asamblea General, por mayoría ordinaria, que podrá ser adoptado aunque no figure en el orden del día. En cualquier momento la Asamblea General podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción.
2. El acuerdo de la Asamblea General de promover la acción o transigir sobre ella implica la destitución automática de los administradores afectados.
3. Cuando la cooperativa no entable la acción de responsabilidad, dentro del plazo de tres meses contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, podrá ejercitarla cualquier socio.
4. Transcurrido el plazo de seis meses a partir de la producción del daño sin que la acción hubiera sido ejercitada por la Asamblea o los socios,

podrá entablar la acción de responsabilidad cualquier acreedor social, a los solos efectos de reconstituir el patrimonio de la cooperativa.

5. En todo caso, la acción prescribirá a los dos años de producirse los actos que hayan originado dicha responsabilidad o desde su conocimiento.
6. No obstante lo dispuesto en los números precedentes, quedan a salvo las acciones individuales que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

Pues bien, incluso admitiendo a efectos argumentativos que se haya producido un incumplimiento de alguno de los deberes legalmente impuestos a los administradores, primero ha de probarse el daño y el nexo causal entre éste y la conducta de los consejeros. No basta el mero incumplimiento de las leyes sino que hace falta que ello repercuta negativamente en la sociedad (al acarrearle, por ejemplo, una sanción administrativa o tributaria o una condena judicial o arbitral). Incluso así, la acción debería ser ejercitada por la cooperativa, previo acuerdo de la Asamblea General, mediante el mecanismo de la acción social de responsabilidad contra los administradores, que sólo de manera excepcional puede interponer el socio, en defecto de ejecución del acuerdo por la sociedad (en nuestro caso no concurren los requisitos exigidos para ello en el artículo 48,3 de la LCE).

Si lo que se pretende es ejercitar una acción individual de responsabilidad, además de declararlo así, hay que estar a lo previsto en el artículo 48,6 de la LCE que prevé la posibilidad de **acciones individuales** que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que **lesionen directamente los intereses** de aquéllos.

Se ha insinuado que se produce el empobrecimiento del socio por esas deficiencias contables denunciadas. Aparte de que tal empobrecimiento es cuestionable (la cooperativa tendrá el mismo patrimonio, aunque las cuentas no lo reflejen bien) la jurisprudencia es constante negando que exista el daño directo que exige la ley.

Si lo que se aduce es que la gestión del Consejo ha empobrecido a la sociedad; los socios solo se verían perjudicados de forma indirecta. Aunque es obvio que los daños al patrimonio social pueden repercutir indirectamente en el patrimonio de los socios por la disminución del valor de sus participaciones y la ausencia de beneficios potencialmente repartibles, estos daños indirectos están cubiertos por la acción social de responsabilidad, con el complejo sistema de legitimación subsidiaria para los socios y acreedores que se establece en la ley.

Como es sabido, esta acción individual de responsabilidad tiende a obtener la reparación del daño sufrido por el socio o tercero «directamente» en sus intereses, a diferencia de la acción social de responsabilidad, cuyo contenido u objetivo es la reparación del daño causado a la sociedad misma y la reconstitución del patrimonio social dañado por la actuación de sus administradores.

Así lo ha entendido una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo; cabe citar, entre otras muchas, las Sentencias de 26 de febrero de 1993, 5 de noviembre de 1997 o 30 de octubre de 1999, que afirman que en tales supuestos **los socios no tienen la condición de “terceros perjudicados”**. Siguiendo esta línea, es particularmente significativa la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 26 junio de 2006 que niega la legitimación de los socios, ya que solo se verían perjudicados de forma indirecta, en un caso de acreditada despatrimonialización de la entidad por los administradores.

Por citar sólo una, la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 1260/2002 de 24 diciembre, nos recuerda que se ha optado por esta solución legal porque “lo contrario, esto es, **permitir el ejercicio de la acción social de responsabilidad a cualquier socio podría conducir a una proliferación de demandas indeseable y a un entorpecimiento injustificado de la gestión social**”.

Sobre la acción individual de responsabilidad, se afirma:

“No obstante, la Ley deja a salvo la acción individual de responsabilidad, pero con una limitación estricta: esta acción **sólo puede ser utilizada por el socio para reclamar por el daño que sufra «directamente»** por la acción de los administradores. Cuando el daño que afirma haber sufrido no sea, directo, en sus derechos o patrimonio directamente, podrá emplear los demás recursos que la Ley le concede, pero no esta acción, como claramente sostuvo el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 noviembre 1990 y 11 octubre 1991. La doctrina considera supuestos típicos de actos de los administradores que lesionan directamente intereses de los socios el impago del dividendo, el impedir su acceso a la Junta general o el ejercicio de su derecho de voto, la amortización indebida de sus acciones, el desconocimiento de su derecho de suscripción preferente, etc.; se trata de actos de los que **directamente, con nexo causal no interferido por ningún otro evento, se deriva un daño para el socio**. Pero esto no ocurre en todos los actos de los administradores: cuando éstos causan un daño a la sociedad ciertamente que a la postre y siempre ese daño repercutirá en el accionista, pero no por ello puede afirmarse que del acto del administrador se ha derivado «directamente» un daño al accionista; éste podrá emplear cuantos otros remedios le ofrece el ordenamiento jurídico para combatir esos actos lesivos de los administradores e incluso podrá promover que la sociedad les exija responsabilidad o pedírsela cuando reúna las condiciones precisas para poder ejercitar la acción social de responsabilidad, pero **lo que no puede es emplear un instrumento legalmente concebido para obtener la reparación de un daño individual y directo**, para conseguir con violencia de las normas y de todo el mecanismo de la Ley una reparación que sólo la sociedad podría exigir.”

Si esto es así en la sociedades de capital, con mayor razón no existirá daño directo al socio en una cooperativa, en la que el derecho del socio no va referenciado a una participación en el patrimonio o las reservas (salvo que

fueran repartibles) sino que se limita al derechos de todo socio a la actualización y devolución, cuando proceda, de sus aportaciones al capital social, así como, en su caso, percibir intereses por las mismas (Artículo 63 de la LCE), tal y como se contabilizan en el registro de aportaciones al capital social. (Artículo 70 de la LCE, sobre documentación social).

No resulta ni justo ni razonable dejar de lado este consolidado diseño social de la responsabilidad de los administradores a favor de alegaciones vagas y afirmaciones imprecisas.

Por lo mismo, a falta de acreditación por el demandante de la legitimación y el daño directo, se ha rechazado la práctica de una prueba pericial para informar sobre tales irregularidades pues el derecho a proponer pruebas en el procedimiento arbitral no conlleva la necesaria admisión y práctica de las que el árbitro reputa no pertinentes, o cuando el árbitro considera tal prueba como «un elemento extraño y un precedente nocivo » (Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil- de 28 octubre de 1988). La inadmisión de pruebas es correcta si se trata de pruebas impertinentes y que no guardan relación con los puntos sometidos a decisión en el arbitraje. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1987 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias -Sección 5ª- núm. 444/1998 de 16 septiembre de 1998).

Idéntica valoración merece la denuncia por el socio demandante de que se “han desplazado trabajadores desde la Cooperativa a las sociedades limitadas constituidas al 100% por aquella, con el fin de evitar la admisión de nuevos socios, y por el contrario, se procede a admitir como socios a personas “afines” a los miembros del Consejo rector”.

Si hubiera habido alguna irregularidad en relación al derecho previsto en el artículo 99, 5 de la LCE (que señala que los Estatutos podrán fijar el procedimiento por el que los trabajadores asalariados pueden acceder a la condición de socios) la legitimación para denunciarlo corresponde a los trabajadores concernidos.

Si el demandante cree incorrecta la admisión de nuevos socios, la vía para combatirla es la establecida en la ley, al disponer que: “el acuerdo de admisión podrá ser recurrido ante el Comité de Recursos o, en su defecto, ante la primera Asamblea General que se celebre, a instancia del número de socios que fijen los Estatutos, que deberán establecer el plazo para recurrir, el cual no podrá ser superior a veinte días desde la notificación del acuerdo de admisión” (Artículo 20,5.de la LCE).

7. FALTA DE APLICACIÓN A LOS FINES LEGALMENTE ESTABLECIDOS DE LOS FONDOS DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y PROMOCIÓN.

El socio demandante denuncia la falta de aplicación a los fines legalmente establecidos de los Fondos de Educación, Formación y Promoción, que han ido dotándose y parece solicitar la responsabilidad por este concepto de los miembros del Consejo Rector y que se ordene a la Cooperativa su correcta aplicación.

Estableciéndose en el art. 57.2 de los estatutos sociales que el Fondo de Educación y promoción cooperativa se destinará, en aplicación de las líneas básicas que establezca la Asamblea General a las actividades que cumplan algunas de las finalidades previstas en el art. 68 bis de la LCE, el demandante sostiene que tales fines no se han cumplido.

No es labor del árbitro ordenar a la Cooperativa qué hacer con sus fondos, vulnerando el principio de libertad de empresa, sino tan sólo resolver las acciones de impugnación que eventualmente se le planteen en relación a los mencionados acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector, si en ellos se dispusiera un destino contrario al previsto en la LCE. No existiendo tal impugnación es ocioso pronunciarse sobre la efectiva existencia, ubicación o aplicación de las cantidades contabilizadas en este concepto.

Tampoco se va a entrar a considerar una eventual responsabilidad del Consejo Rector, remitiéndonos a lo ya expuesto más arriba: no se acredita el daño y, en todo caso, la legitimación para pedir responsabilidades sería de la propia cooperativa si se viera perjudicada, sin que se observe lesión directa al socio.

En consecuencia, y en concordancia con los motivos expuestos, dicto la siguiente

RESOLUCIÓN

- Declaro el derecho del socio D. D M E a obtener copias de las actas de las Asambleas que se celebren en el futuro así como de las cuentas anuales, y de los Informes de Auditoría que se realicen en E S. Coop (sin incluirse la copia de las cuentas anuales y del Informe de Auditoría correspondiente al ejercicio 2009, que ya han sido aportadas a primer requerimiento por la cooperativa demandada) y a obtener, si las solicita, copias de las cuentas anuales de I SL e Id SL del ejercicio 2009 en adelante.
- Desestimo el resto de las peticiones del socio demandante.

Siendo gratuita la administración del arbitraje, de conformidad con el artículo 51 del Reglamento sobre Procedimientos de Resolución de Conflictos en las Cooperativas Vascas, las costas deberán satisfacerse por mitades, al no apreciarse mala fe ni temeridad en ninguna de las partes, ascendiendo únicamente a las que resulten de las notificaciones.

Así, por este Laudo, definitiva e irrevocablemente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo, extendiéndolo sobre 26 folios mecanografiados por una sola de sus caras en el lugar y fecha del encabezamiento.

Fdo.:
EL ÁRBITRO