



Bitartu

SERVICIO VASCO DE
ARBITRAJE COOPERATIVO
KOOPERATIBEN ARBITRAJEKO
EUSKAL ZERBITZUA

En Vitoria-Gasteiz, a 13 de Marzo de 2017

LAUDO ARBITRAL

Que dicta D....., abogado colegiado nº ... del Ilustre Colegio de Abogados de, designado como árbitro por el Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo, del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, en el **ARBITRAJE 19/2016**, resuelto en Derecho y en el que han sido partes:

- como **demandante, D....**, representado y asistido por el letrado D. ... (col.... de).
- como **demandado D....**, representado y asistido por el letrado D..... (col. de).

habiéndose sometido a arbitraje, para resolver su controversia, en su condición de socios de la cooperativa de trabajo asociado “....., S.COOP. PEQUEÑA”, cuyos estatutos (doc. 1 de la demanda) contienen la cláusula de sometimiento a arbitraje en su disposición final, que establece:

“Disposición final.- ARBITRAJE COOPERATIVO.

*Las cuestiones litigiosas que se susciten entre la Cooperativa y sus socios **o entre los socios de la cooperativa** en el marco de las relaciones cooperativizadas, incluso en el período de liquidación, y que versen sobre materias de libre disposición inter partes conforme a derecho, se someterán preceptivamente, una vez agotadas las vías internas de la Cooperativa, al arbitraje del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, a través del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (SVAC), conforme al Reglamento del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre procedimientos de resolución de conflictos en las Cooperativas Vascas (Boletín Oficial del País Vasco nº 34 de 16 de febrero de 2012), comprometiéndose las partes de forma expresa al acatamiento del laudo que resultase de dicho arbitraje.”*

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ACEPTACION DEL ARBITRAJE.-

El Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo aceptó la tramitación del arbitraje promovido por el Sr. mediante resolución dictada por su Presidente el 10.11.16, en la cual se acordó designar como árbitro a quien suscribe el presente laudo, para resolverlo en derecho y de conformidad con el procedimiento ordinario regulado en el Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, aceptando el árbitro su designación.

SEGUNDO.- DEMANDA.-

El actor pretende con su demanda que el demandado restituya a la cooperativa 149.396,24.- €, al considerar que el Sr., administrador de la entidad, ha dispuesto de dicha cantidad irregularmente, así como cualquier otra cantidad cuya irregular disposición se evidenciara a lo largo del procedimiento arbitral.

La citada cantidad inicialmente se cifró en 149.764,16 €, precisándose posteriormente en el acto de la práctica de las pruebas celebrado el 31.01.17 que el importe ascendía en realidad a 149.396,24 €, con arreglo a los justificantes bancarios aportados como doc. 4 de la demanda: 127.856,18 € de la operación de 02/08/2016 (cuenta de Banco) más 21.540,06 € de la operación de 07/07/2016 (cuenta de Banco).

Para sostener su pretensión, el demandante alega los siguientes hechos (el cuarto se repite en la demanda por lo que lo numeraremos como 4º y 4º-Bis):

- 1º) Que el 3/07/13 constituyó con el demandado la cooperativa de trabajo asociado “....., S.Coop. Pequeña”, con domicilio en, aportando 3.000 € como capital social, al 50% entre las dos partes, designándose a ambos administradores solidarios de la entidad.

Aporta como doc. 1 escritura de constitución, incluyendo los estatutos sociales.

- 2º) Que el objeto social de la cooperativa es: a) la prestación de servicios de asesoría y consultoría en materia de eficiencia y ahorro energético e innovación en tecnologías de eficiencia energética; b) la organización de medios para la obtención de certificados de eficiencia energética y c) la compra venta y distribución y comercialización al por mayor y por menor de todo tipo de productos, aparatos y equipos para optimizar la gestión de la energía.

- 3º) Que como consecuencia de conductas desarrolladas por el demandado, se ha revelado la imposibilidad de obtener la consecución de los fines de la cooperativa, culminando con la separación de facto de los dos socios, la paralización de los órganos sociales y la cesación de facto de la actividad, sin que se haya verificado la ordenada disolución y liquidación de la sociedad.

- 4º) Que las circunstancias que, según el actor, han abocado a dicha situación son las siguientes, tal y como se expusieron en el Burofax enviado por el Sr. al Sr. el 23/06/16, acompañado a la demanda como doc. 2:

-Quebrantamiento de la buena fe societaria, por el hecho de haber constituido el demandado, con la ayuda de un colaborador de la cooperativa, una sociedad mercantil de nacionalidad portuguesa - - para la prestación en el mercado portugués de similares bienes y servicios a los que constituyen el objeto de la cooperativa; lo que entra en directa colusión con los intereses de

-Irregulares criterios de cobro empleados por el demandado en relación a determinadas instalaciones de LED.

-Haber instado el demandado el registro, a título estrictamente particular, de la marca comercial empleada habitualmente por la cooperativa, provocando con ello un registro plenamente abusivo.

-Haber dispuesto el demandado, de modo unilateral, de los saldos en cuentas sin proporcionar razón de su destino, despatrimonializando la empresa de un modo abusivo, con el pretexto por parte del Sr. de estar compensándose así por su actividad.

4º-Bis) Que actualmente la cooperativa se encuentra incapaz de alcanzar su fin social, despatrimonializada, incapaz de alcanzar acuerdo alguno entre sus socios por razón del bloqueo que determina el reparto de las cuotas y sin comunicación alguna entre ellos.

5º) Que las conductas del demandado evidencian el más absoluto quebranto de la buena fe que debe presidir las relaciones en el seno de la cooperativa.

Para acreditar los hechos anteriormente expuestos, el actor acompaña los siguientes documentos (además del nº 1 y nº 2 a los que ya se ha hecho referencia):

- Doc. 3: copia de la escritura de constitución de la sociedad portuguesa
- Doc. 4: extractos de movimientos bancarios de cuentas de la cooperativa, conteniendo las disposiciones objeto de la demanda, realizadas a favor de sociedades de las que el demandado es administrador y socio único y que han tenido lugar en mitad de la crisis entre los socios.
- Doc. 5: solicitud de inscripción de signo distintivo de la cooperativa a nombre del Sr., a título personal.
- Doc. 6: comunicación del demandado proponiendo la expulsión del Sr. como socio de la cooperativa y la privación – arbitraria e injustificada, según el actor – de derechos económicos.

Expone así mismo el demandante, como hechos de su demanda:

6º) Que procede el sometimiento a arbitraje de conformidad con lo prevenido en la disposición final de los estatutos sociales.

7º) Que concurren causas de liquidación y disolución de la cooperativa, si bien lo que en este arbitraje pretende es que el laudo condene al demandado a la restitución de los fondos irregularmente dispuestos de la sociedad.

8º) Que entiende que, por razones de urgencia, el arbitraje deberá tramitarse como procedimiento abreviado, de conformidad con los artículos 17.Dos y 57 del Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, y que deberá resolverse en derecho.

Tras la exposición de los hechos que han quedado reseñados, el demandante formula su pretensión, de restitución de todas las cantidades de las cuentas sociales unilateralmente dispuestas por el Sr.

Terminando la demanda con un otrosí proponiendo los siguientes medios de prueba: interrogatorio del demandado y unión de los documentos acompañados a la demanda.

TERCERO.- CONTESTACION A LA DEMANDA

En el trámite de contestación a la demanda, el demandado formuló además reconvencción, si bien posteriormente renunció de forma expresa a la misma. Exponemos a continuación el contenido de la contestación a la demanda.

1º y 2º) Hay conformidad en cuanto a los hechos correlativos, referidos a la constitución y objeto social de la cooperativa.

3º) Disconformidad, al considerar el demandado, en contra de lo expuesto por el actor, que si bien es cierto que existe separación de facto entre los dos socios la causa de ello es la salida unilateral del demandante de la cooperativa.

Considera así mismo que no existe paralización de los órganos sociales ni cesación de la actividad, que la cooperativa se mantiene operativa pese al intento del Sr. de impedir su actividad.

No procede, a su entender, la disolución y liquidación de la cooperativa, al no cumplirse los requisitos legales para ello.

4º) Disconformidad, dado que las circunstancias alegadas en el correlativo de la demanda no se ajustan a la realidad.

- En relación al quebrantamiento de la buena fe societaria, el demandado se lo imputa al actor, al haber sido éste y no el Sr. quien ha constituido una sociedad con objeto social idéntico al de la cooperativa; para acreditarlo, aporta como doc. 3 certificación del Registro Mercantil de Bizkaia, de la constitución de la entidad “....., SOCIEDAD LIMITADA”.

Según el demandado, la sociedad portuguesa constituida por él y a la que se hace referencia en la demanda tiene un objeto social diferente al de la cooperativa y no entra en conflicto de competencia con ésta. La diferencia radica en que el objeto de es la comercialización de energía eléctrica, actuando de manera similar a una Compañía energética, es decir, acudiendo al mercado eléctrico para comprar energía y vendérsela al consumidor final; mientras que el objeto principal de es la intermediación o corretaje entre las compañías eléctricas y el consumidor final, teniendo como clientes a dichas compañías, a las cuales cobra comisiones por los contratos que consiga de los consumidores finales. capta clientes para las compañías eléctricas y se encarga así mismo de las renovaciones de los contratos, desplegando la correspondiente red comercial, mediante el asesoramiento al consumidor, en función de su perfil, de la mejor oferta energética, funcionando (la cooperativa) de modo similar a un corredor de seguros en su ámbito.

Además de ese objeto principal, la cooperativa desarrolla otras actividades comerciales complementarias, enumeradas en las letras b) y c) de sus estatutos: (b) la organización de medios para la obtención de certificados de eficiencia energética y (c) la compraventa, distribución y comercialización al por mayor y por menor de todo tipo de productos, aparatos y equipos para optimizar la gestión de la energía.

Siendo ello así, y siempre según el demandado, la sociedad portuguesa no puede ser nunca competencia de; en todo caso, podría llegar a ser cliente de la cooperativa, para la captación y fidelización de los usuarios finales de energía.

- En lo que respecta a los irregulares criterios de cobro que se refieren en la demanda, entiende el demandado que en tanto en cuanto no se concrete más dicha cuestión no tiene forma de defenderse, por lo que las alegaciones del actor en relación a este punto deberían considerarse como no realizadas.
- En cuanto al Registro de la marca comercial empleada habitualmente por la cooperativa, no se niega que el demandado haya instado dicho registro a título particular, si bien se alega que ello se ha llevado a cabo así en interés de la cooperativa, para proteger su actividad, ante el temor (por parte del Sr.) de que el actor realizara alguna maniobra en el ámbito de la propiedad de dicha marca.
- Respecto de las disposiciones patrimoniales que se citan en la demanda, el demandado entiende que se ajustan al tráfico ordinario comercial de la cooperativa y que el Sr. las ha realizado para atender obligaciones comerciales contraídas por la empresa, como administrador de la cooperativa y como acto de gestión cuya responsabilidad está legalmente atribuida al órgano de administración.

Considera asimismo el demandado que debe tenerse además en cuenta que el Sr. ha sido cesado en su cargo de administrador solidario en virtud de acuerdo de Asamblea General de 15/09/16, inscrito en el Registro de Cooperativas; en prueba de lo cual aporta como doc. 7 una resolución del Director de Economía Social acordando la inscripción de dicho cese.

4º-Bis) Disconformidad, dado que para el demandado la cooperativa sigue activa, desarrollando su objeto social, patrimonializada y regularizada desde el punto de vista societario.

5º) Disconformidad, por las razones ya expuestas.

6º) Conformidad en cuanto al sometimiento de la controversia a arbitraje.

7º y 8º) Disconformidad por las razones ya expuestas.

A los anteriores hechos, se añade en la contestación otro sin correlativo en la demanda:

9º) Que lo que pretende en realidad el Sr. es liquidar irregularmente la cooperativa repartiendo el haber societario al 50% entre los dos socios, al margen de las normas que la Ley de Cooperativas de Euskadi establece para ello, sin tener en cuenta los derechos que pudieran corresponderle al Consejo Superior de Cooperativas sobre el haber líquido resultante.

Una vez expuestos los hechos, el demandado solicita que se dicte laudo desestimando íntegramente la demanda, con expresa condena en costas al actor.

Terminando la contestación con la proposición de prueba, consistente en: interrogatorio del demandante, documental y testifical.

CUARTO.- RECONVENCION.-

Al contestar a la demanda el demandado formuló así mismo reconvencción, separadamente a dicha contestación.

A través de la misma lo que se pretendía era la emisión de un laudo *“declarando la baja voluntaria del socio, calificando la misma como no justificada con las consecuencias legales que de este hecho se derivan, todo ello con expresa condena en costas a la parte contraria.”*

Tras contestarse por el actor-reconvenido a dicha reconvencción, el demandado envió al árbitro una comunicación el día 26/01, vía correo electrónico, manifestando lo siguiente:

“Estimado señor Árbitro:

En virtud de la presente le comunico que esta parte renuncia expresamente a la reconvencción planteada en el expediente de referencia.

Con fecha 17 de enero tuvo lugar la Asamblea General Extraordinaria de S.COOP. pequeña, que ratificó el acuerdo de expulsión de demandante reconvenido. Por esta razón, no tiene sentido la continuación de la reconvencción para declarar la baja voluntaria.

En consecuencia, esta parte entiende que queda sin efecto el requerimiento para aportar documentación efectuado con fecha 17 de enero.”

De dicha comunicación se dio traslado al demandante, el cual envió el 30/01 al árbitro un escrito, en el que hacía, entre otras, la siguiente consideración:

“Primera.- El desistimiento de la demanda reconvenicional una vez que dicha demanda ha sido contestada constituye una iniciativa procesal que a nuestro juicio merece la imposición de las costas causadas a mi parte.”

QUINTO.- PRUEBAS.-

Las pruebas admitidas y practicadas son las siguientes:

- Documental, constituida por los documentos acompañados a la demanda y a la contestación, con la particularidad de que de los documentos acompañados al escrito de contestación a la demanda y reconvencción sólo se tendrán en cuenta los que se encuentren comprendidos dentro del ámbito de la contestación a la demanda y no los que se encuentren dentro de la reconvencción, al haber renunciado el demandado a dicha reconvencción.

En el acto de la práctica de las pruebas celebrado el 31.01.17 el árbitro planteó a las partes la posibilidad de incorporar al expediente los documentos de cesión de la cartera de clientes de a la cooperativa y las facturas correspondientes a los pagos controvertidos en este arbitraje, que en el momento de celebrarse dicho acto se encontraban en poder del demandado, manifestando éste su disposición a aportarlos y oponiéndose a ello el actor por entender que tenían que haber sido aportados con la contestación a la demanda. El árbitro decidió inadmitir dichos documentos, en vista de la oposición manifestada por el actor, solicitando el demandado que quedara constancia de la negativa del demandante a que los documentos en cuestión fueran unidos al expediente.

- Interrogatorio de las partes, cuya práctica tuvo lugar el día 31.01.17 en la sede del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, llevándose a cabo el interrogatorio del demandado, que fue preguntado por los letrados de ambas partes y por el árbitro a fin de aclarar o puntualizar algunas de las respuestas, y en cuanto al interrogatorio del demandante, habiendo renunciado la parte contraria a su declaración fue preguntado únicamente por el árbitro.

De dicha comparecencia se levantó acta, quedando grabada en soporte de audio que fue remitido a las partes vía correo electrónico.

Interrogatorio del Sr. (demandado):

- a preguntas del letrado del actor, declaró: que es administrador de, junto con otro administrador solidario; que el capital de dicha sociedad no es de él sino de una empresa; que antes de constituirla no comunicó su iniciativa al Sr. ni a la Asamblea de, S.Coop. porque no era una cosa de la cooperativa; que es una sociedad que no tiene actividad y que no va en contra de la cooperativa; que el otro administrador de no ha sido colaborador de la cooperativa en ningún momento ni delegado de ésta en Portugal; que no ha comunicado al Sr. ni a la Asamblea de la cooperativa su relación mercantil con el otro administrador solidario de porque el capital de la misma es de otra sociedad y la cooperativa no tiene actividad en Portugal; que “.....” es una marca que explotaba la cooperativa; que la cooperativa explotaba parte de esa marca, entre otras empresas; que la empresa es del declarante y es la que creó esa marca, que también la explota; que esa marca se explota desde el 2011 y la cooperativa se creó en 2013; que el Sr. no participó activamente en la creación de esa marca; que el declarante ha pedido el registro a su nombre de dicha marca, en la Oficina Española de Patentes y Marcas, y lo ha hecho así como una medida para que no se viera afectada después de lo que sucedió con el demandante; la marca no pertenecía a la cooperativa, por lo tanto entiende que no tenía por qué comunicar al Sr. ni a la Asamblea de la cooperativa el registro a su nombre de la marca; que el declarante es socio y administrador único de; que su objeto social es intermediario del comercio; que es una sociedad que hacía trabajos para la cooperativa y que ésta también los hacía para, consistiendo en la compraventa de material de iluminación; que la cifra de negocio anual entre y la cooperativa, que se creó en 2013 si bien no tuvo actividad hasta mediados de 2014, podría ser sobre los 15.000-20.000 euros; que el 2/08/2016 el declarante dio instrucciones de abono de una factura a por importe de 127.856,18 €, por medio de transferencia; que es una factura con un concepto extenso, que tiene 3 o 4 caras; que es por la gestión de una cartera de clientes que el propio declarante realiza personalmente; que cedió esa cartera a la cooperativa; que la factura es por la gestión de cierta parte de esa cartera; que no se pusieron condiciones de pago en esa factura; que no hay un presupuesto previo de esa factura porque era de una cartera de clientes que se gestionaba, con un volumen de negocio de 300.000-400.000 euros al año; que el declarante entiende que lógicamente nadie cede a una empresa un volumen de negocio así a cambio de nada; que cuando dio la orden de transferencia para el pago de esa factura, desde la cuenta de la cooperativa, el declarante era administrador único de, que era una SLU y él siempre ha sido el administrador único de la misma; que la factura la confeccionó el departamento de contabilidad siguiendo las indicaciones del declarante; que dio instrucciones de confeccionarla cuando se tenía que hacer, supone que un mes

antes o así; que con fecha 7/07/2016 el declarante dio instrucciones de traspasar a 21.540,06 € desde la cuenta de la cooperativa; que el concepto era en este caso la venta de aparatos de iluminación; que la factura se expidió con fecha 23/06; que eran trabajos que se habían realizado y no se habían cobrado; que no había condiciones de pago por escrito; que las condiciones de pago eran cuando hubiera liquidez; que compraba elementos de iluminación y se los vendía a la cooperativa, como tubos de LED, y le prestaba así mismo a ésta servicios de estudio y de instalación; que cuando se produjo la citada transferencia de 21.540,06 euros el declarante era administrador de; que lo ha sido en todo momento, desde su creación hasta el día de hoy; que la factura la confeccionó el departamento de contabilidad siguiendo las indicaciones del declarante; que el declarante no ha dispuesto de ninguna cantidad de la cuenta de la cooperativa a favor de; que había unos trabajos pendientes de cobrar y se han ido abonando ordinariamente como cualquier otra sociedad; que ambas empresas tienen negocios que hacen juntas y ya está; que el declarante no sabe si se han hecho más pagos porque él no hace ni los pagos ni las facturas, que no se encarga del departamento de contabilidad.

- a preguntas de su propio letrado, el Sr. manifestó: que es una energética, no un intermediario como la cooperativa; que, S.Coop. se encarga, como intermediario, de buscar clientes finales para las energéticas; que iba a ser un futuro cliente de la cooperativa; que se constituyó en 2009 y crea unas marcas, entre ellas; que la crea en 2011; se crea una página web y una imagen; que y la cooperativa han tenido siempre negocios cruzados; que pagaba el alquiler de la sede social de la cooperativa; que también pagaba a las trabajadoras; que la única persona a sueldo en la cooperativa era el Sr.; que el resto de los gastos los soportaba; que tenía desde el 2012 como cliente a, con la cual tenía una cifra de facturación de 229.000 € en 2013, 250.000 en 2014, 371.000 en 2015 y 22.000 en 2016; que hacía clientes para y le facturaba en concepto de gestión de cartera; que se facturaban las comisiones por conseguir clientes y la gestión de los mismos; que la facturación de a baja en 2016 porque aquella cedió su cartera de clientes a la cooperativa; que se firmó un acuerdo de cesión de la cartera el 21/9/2015; que se cedió toda la cartera pero verbalmente se llegó a un acuerdo de que cierta parte de la cartera (la gestión de los a nivel nacional) lo seguiría cobrando; por eso cobró a la cooperativa los 127.856,18 €; que no se hizo una cesión parcial de la cartera porque no se podía hacer así con el cliente y porque había un acuerdo verbal; que el Sr. estaba al tanto de las circunstancias económicas y demás de la cesión de la cartera, descritas por el declarante; que facturó así mismo a la cooperativa por el suministro de determinados elementos de iluminación; que la cooperativa hacía de intermediario entre y el cliente final que lo que quiere es cambiar la iluminación de su local; que uno de los epígrafes de es la venta al por mayor y al por menor de aparatos electrónicos y eléctricos; que es distribuidor de material de iluminación; que lo que se está haciendo en esa factura es cobrar unos elementos que compró pero que fue la cooperativa la que los instaló al cliente y los cobró; que eso era algo habitual, que el Sr. lo conocía; que los conceptos de estas facturas eran trabajos realizados, compraventa de material, asesoramiento energético, estudios de viabilidad para la instalación de los LED y eficiencia energética; la cifra que facturó en 2015 a la cooperativa por estos conceptos ascendió a 15.370 €; que lo que se le vendía al cliente era una reestructuración del sistema de iluminación,

analizando la amortización del gasto; era proveedor de iluminación y de estudios de asesoramiento energético de la cooperativa.

Interrogatorio del (actor):

El demandado renunció al interrogatorio del actor, declarando éste lo siguiente a preguntas del árbitro: que el declarante trabajaba para, siendo prácticamente administrador de facto de la misma; que crearon la cooperativa con la idea de que el negocio tenía que ir a medias; que los clientes que estaban en eran del demandante, del demandado y de todos los comerciales que tenían en la sociedad; que el acuerdo fue: ahora está la sociedad, que está a medias y el negocio es a medias; que lo que se hizo fue, previo acuerdo, trasladar todas las carteras a, S.Coop.; que hasta entonces el declarante facturaba a como autónomo, por los servicios prestados; que había un acuerdo verbal según el cual se consideraban como socios al 50% desde que el 11/11/2011 a las 11 de la mañana comenzaron a trabajar juntos; que a partir del 2012 se vio que el negocio funcionaba; creció la facturación progresivamente y el declarante planteó al Sr. que había que regularizar la situación y en 2013 se crea la cooperativa para dar cobertura legal a la situación; que a continuación lo que se hace es trasladar toda la cartera de clientes a la cooperativa; se traslada toda la cartera porque era conjunta; que no había ningún acuerdo verbal para que facturara a la cooperativa; que el otro pago, el de 21.540,06 €, son servicios inventados; no está de acuerdo con las explicaciones dadas por el demandado sobre las operaciones relativas a la venta de material de iluminación y asesoramiento de a la cooperativa; que no hay más que ver cómo los importes de las transferencias, tanto esta de 21.540,06 euros como la de 127.856,18 €, coinciden prácticamente con los saldos que tenían las cuentas de la cooperativa en el momento de realizarse dichas transferencias.

SEXTO.- CONCLUSIONES

Ambas partes han presentado sus conclusiones, reafirmando en sus respectivas posiciones.

El demandante sostiene en las suyas que tanto la documental aportada con la demanda como el interrogatorio del demandado han evidenciado la realidad y la falta de justificación de las disposiciones cuestionadas a las que se refiere la demanda, la de 7/07/16 por importe de 21.540,06 € y la de 2/08/16 de 127.856,18 €; que tales disposiciones se han llevado a cabo en un contexto de desavenencias y desacuerdos entre ambas partes, quebrándose absolutamente la necesaria confianza recíproca entre los dos socios fundadores de la cooperativa; que el único beneficiario de las disposiciones es el demandado a través de su sociedad, S.L., participada al 100% por el Sr. y administrada por el mismo; que el demandado se ha pagado a sí mismo en un claro supuesto de autocontratación; que el demandado no ha sido capaz de explicar de un modo coherente y racional el motivo de la facturación de dichos importes; que no existía presupuesto previo ni se conocían sus condiciones de pago; que son disposiciones nulas y carentes de fundamento, sin factura de soporte ni adecuado reflejo contable, ordenadas a la medida de los saldos en cuenta y con el fin de despatrimonializar la cooperativa en beneficio del Sr.; que no responden a causa mercantil legítima; que debe tenerse en cuenta el principio de facilidad probatoria; que el demandado no ha llevado a cabo el más mínimo esfuerzo probatorio, ni tan si quiera se ha tomado la molestia de aportar a las presentes actuaciones las facturas que supuestamente dan soporte a las dos disposiciones en cuestión; que el Sr. ha usurpado, con el registro a su nombre, los derechos sobre la marca

comercial, que tradicionalmente ha empleado la cooperativa; que el demandado, actuando a escondidas y a espaldas de la cooperativa, ha constituido una sociedad en Portugal,, cuyo objeto entra en colusión con el de la cooperativa; que el Sr., en vista de la pérdida de confianza y las desavenencias, ha requerido al Sr. la disolución y liquidación ordenada de la cooperativa, ante lo cual la postura del demandado ha sido tramitar un expediente de expulsión del Sr. de la cooperativa, erigiéndose en instructor y órgano decisorio de dicho expediente; que frente a la actitud del demandado, el Sr. ha respondido de manera nítida y clara a las preguntas que se le han formulado, explicando que la cooperativa se fundó como vehículo mercantil de una asociación a razón del 50% cada parte; que fue el modo de adaptar su relación; que tanto el demandado como el demandante transfirieron a la cooperativa la totalidad de sus respectivas carteras de clientes, poniéndose de manifiesto que la cooperativa nada adeudaba a, S.L..

Por el demandado se han formulado conclusiones en las cuales se sostiene que: no ha quedado acreditada ninguna de las circunstancias que, a pesar de no tener ninguna relevancia respecto del fondo del asunto, han sido alegadas, refiriéndose en este sentido el demandado a la paralización de la cooperativa, el quebrantamiento de la buena fe societaria, los irregulares criterios de cobro y el registro abusivo; que sí ha quedado acreditada la existencia de las facturas que respaldan la disposición de fondos; que a pesar de la voluntad del demandado de aportar dichas facturas la postura del actor impidió su aportación sin una justificación clara; que en todo caso, aunque no se considerara acreditada la existencia de las facturas, el Sr., como administrador de la cooperativa, contaba con las facultades jurídicas necesarias para llevar a cabo tal operación; que ha quedado acreditada, por los extractos bancarios aportados por el actor, la disposición de fondos por parte de S.Coop. a favor de; que el Sr. ha sido demandado como persona física, no como administrador de la cooperativa ni como administrador de, y por lo tanto nunca podrá restituir ninguna cantidad de la que nunca dispuso ni nunca recibió.

Con base en sus respectivas conclusiones, el actor solicita la estimación de la demanda y la íntegra desestimación de la reconvenición, con expresa imposición de las costas al demandado, y el Sr. solicita la íntegra desestimación de la demanda con expresa condena en costas al demandante.

II. HECHOS PROBADOS

Se consideran probados los siguientes hechos:

Primero.- Los Sres. y constituyeron el 3.07.13 la cooperativa de trabajo asociado, S.COOP. PEQUEÑA, con domicilio en, mediante escritura otorgada ante el notario de dicha ciudad D., con un capital social de 3.000 €, aportado por mitad e iguales partes por cada uno de ellos, y designándose a ambos como administradores solidarios de la entidad.

Así resulta del doc. 1 de la demanda.

Segundo.- El objeto social de la cooperativa es, según el artículo 3 de sus estatutos, integrados dentro del doc. 1 de la demanda:

- a) La prestación de servicios de asesoría y consultoría en materia de eficiencia y ahorro energético e innovación en tecnologías de eficiencia energética.

- b) La organización de medios para la obtención de certificados de eficiencia energética.
- c) La compraventa, distribución y comercialización al por mayor y por menor de todo tipo de productos, aparatos y equipos para optimizar la gestión de la energía.

Tercero.- En la primera mitad del 2016 se ha constatado un distanciamiento entre los dos socios hasta el punto de producirse una separación de facto entre ellos, imputándose recíprocamente el uno al otro la responsabilidad de haber llegado a tal situación.

Así resulta del Burofax acompañado como doc. 2 de la demanda, de las alegaciones de ambas partes contenidas en el hecho cuarto de la demanda y el correlativo de la contestación y de los interrogatorios de los Sres. y

Cuarto.- El demandado ha realizado los siguientes dos pagos a favor de la mercantil, SLU, de la cual es socio y administrador único el propio Sr. Dichos pagos se han realizado por transferencia, con cargo a cuentas de las cuales es titular la cooperativa:

- 127.856,18 €, el día 02/08/2016, de la cuenta de Banco nº, en concepto de “TRANSFERENCIA A FAVOR DE CONCEPTO PAGO FACTURA 24.-”.
- 21.540,06 €, el día 07/07/2016, de la cuenta de Banco nº (cuenta de cargo) a la cuenta (cuenta de abono).

Así resulta del doc. 4 de la demanda y de las alegaciones e interrogatorios de ambas partes.

Quinto.- La Asamblea General de la cooperativa celebrada el 15.09.16 ha acordado el cese del Sr. como administrador solidario de la cooperativa.

Así consta en el doc. 7 de la contestación a la demanda.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- REGIMEN LEGAL APLICABLE.-

Tratándose de una cooperativa de trabajo asociado “pequeña”, con domicilio social y ámbito de actuación dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, su régimen legal está constituido por la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi y la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi.

La Ley 6/2008 establece en su artículo 1, apartados 1 y 4, que: “1.- La sociedad cooperativa pequeña es aquella sociedad cooperativa de primer grado perteneciente a la clase de las de trabajo asociado o de explotación comunitaria cuyo régimen jurídico se regula en virtud de la presente ley como especialidad de la sociedad cooperativa” y “4.- Las sociedades cooperativas pequeñas se regularán por lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo, y, supletoriamente, por la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, y sus normas de desarrollo.”

La Ley 4/1993 establece en su artículo 3 que: “La cooperativa tendrá su domicilio social, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el lugar donde realice preferentemente las actividades con sus socios o donde centralice la gestión administrativa y la dirección empresarial.”

SEGUNDO.- ACCION EJERCITADA. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA DEL DEMANDANTE

El actor no identifica en la demanda la acción que ejercita. Tras la exposición de los hechos pasa directamente a formular su pretensión.

Siendo éste un arbitraje de Derecho resulta necesario identificar la acción ejercitada pues solo así podrá determinarse si la pretensión se encuentra jurídicamente fundamentada y si lo pretendido se ajusta a lo previsto en la norma que resulte de aplicación.

Además, la identificación de la acción permitirá determinar si el actor está legitimado para el ejercicio de la misma (legitimación activa) y si el demandado lo está para soportarla (legitimación pasiva), pues de la manera en que la acción esté configurada por la norma así las partes estarán legitimadas, o no, para intervenir en el procedimiento como partes legítimas.

Para la identificación de la acción ejercitada por el Sr. debe partirse de que su pretensión es que el demandado restituya al patrimonio de la cooperativa unas cantidades de las que según el actor aquél, siendo como es administrador de la cooperativa, habría dispuesto irregularmente. Consecuentemente, lo que el Sr. está planteando con su demanda es una exigencia de responsabilidad hacia el Sr., como administrador de la cooperativa.

Siendo ello así, y dado que la Ley 6/2008 no establece ninguna especificidad en esta materia, limitándose a indicar en su artículo 5, apartado 3, que *“El órgano de administración y representación estará siempre formado por personas socias trabajadoras o de trabajo de la sociedad cooperativa pequeña, y se regulará por las disposiciones establecidas por la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, con las especificidades previstas en esta ley”*, la norma de referencia es el artículo 48 de la Ley 4/1993, el cual establece:

ARTÍCULO 48. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES

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.

Del contenido de dicho artículo puede concluirse que la exigencia de responsabilidad a los administradores puede adoptar las siguientes formas, cada una con sus respectivos presupuestos de legitimación:

1º) En primer lugar, cabe exigir una responsabilidad por el eventual daño causado a la cooperativa, en cuyo caso el instrumento es la **ACCIÓN SOCIAL** de responsabilidad. Para este supuesto, la norma concede en un principio **legitimación** activa a la **cooperativa**, en virtud del correspondiente acuerdo que ha de ser adoptado por su Asamblea General (apartado 1). En segunda instancia, y solo para el caso de que habiéndose adoptado el acuerdo de interponer la acción ésta no hubiera sido entablada en el plazo de tres meses desde su adopción, la ley concede legitimación para su ejercicio a cualquier **socio** (apartado 3). Por último, en el caso de que ni la Asamblea ni los socios ejerciten esta acción dentro del plazo de seis meses a partir de la producción del daño, la ley atribuye legitimación para su ejercicio a cualquier **acreedor social**, el cual podrá ejercitarla una vez transcurrido el citado plazo y a los solos efectos de reconstituir el patrimonio de la cooperativa (apartado 4).

2º) Por otro lado, cabe exigir así mismo a los administradores responsabilidad por aquellos actos que lesionen directamente los intereses de los socios o terceros, en cuyo caso el mecanismo para la exigencia de tal responsabilidad es la **ACCIÓN INDIVIDUAL**, para cuyo ejercicio estarán legitimados dichos socios o terceros, en tanto que perjudicados directos por el acto del administrador.

Pues bien, a la vista de lo expuesto, entiende este árbitro que al pretenderse en este caso que el administrador resarza un supuesto daño causado a la cooperativa la acción ejercitada es la **ACCIÓN SOCIAL** de responsabilidad. Siendo ello así, no concurren en el Sr. la condición subjetiva ni los requisitos que desde el punto de vista de la legitimación activa el citado artículo 48 LCE prevé para el ejercicio de dicha acción, para cuya interposición se legitima en un principio a la cooperativa y, solo para el caso de que habiéndose adoptado por la Asamblea General el acuerdo de interponer la acción ésta no hubiera sido entablada en el plazo de tres meses desde su adopción, a cualquier socio.

La diferencia entre la acción social y la acción individual de responsabilidad de administradores ha sido tratada por el Tribunal Supremo en Sentencias como las siguientes:

* **STS 30.01.2001**, nº 517/2001 (Fundamento de Derecho cuarto):

*“ ... lo que caracteriza a la **acción social**, es que el daño se produce a la sociedad (...) sirve para distinguirla de la **acción individual**, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal...”*

* **STS 23.05.2014**, nº 242/2014 (Fundamento de Derecho tercero, punto 6)

*“La **acción individual** de responsabilidad es una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a los accionistas, socios y terceros, **para recomponer su patrimonio particular** (STS 11 de marzo de 2005), que resultó **afectado directamente por los actos de administración** (STS 10 de marzo de 2003), siendo los actos u omisiones constitutivos de*

*esta acción idénticos a los de la **acción social** de responsabilidad, es decir, los contrarios a la ley, a los estatutos o los realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar sus cargos, con la diferencia que el daño (o la disminución patrimonial) no se ocasiona a la sociedad sino directamente a un tercero, que es el legitimado para el ejercicio de la acción (...)."*

Por todo lo anterior, este árbitro considera que en este caso concurre una **FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA** en el Sr. para formular la pretensión deducida por el mismo en este arbitraje, esto es, para reclamar la recomposición del patrimonio social; máxime cuando en su demanda no se aportan fundamentos jurídicos que justifiquen dicha legitimación.

Aunque la falta de legitimación activa no ha sido opuesta como excepción por el demandado, constituye un presupuesto para la válida constitución de la relación procesal, pudiendo ser apreciada de oficio por el árbitro, tal y como se considera por el Tribunal Supremo, en Sentencias como la siguiente (y las que se citan en la misma):

* **STS Sala 1ª Pleno 9-5-2013**, nº 241/2013 (Fundamento de Derecho segundo):

"SEGUNDO.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEMANDANTE.-

6.1. La legitimación como presupuesto del proceso.

56. La legitimación activa ad causam (para el proceso) consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar" - STS 634/2010, de 14 de octubre (RC 1643/2006).

Como afirma la STS 613/2008, de 2 de julio (RC 1354/2002) "es un presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo, aunque tiene que ver con ésta. Debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso (pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido) o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción".

Siendo que en este caso el derecho que el actor pretende hacer valer es el de exigir la reconstitución del patrimonio social, al no darse en él la condición subjetiva exigida en un principio por el artículo 48.1 LCE (la Cooperativa, como sujeto titular de la acción) ni darse tampoco los requisitos que ese mismo artículo establece para la legitimación del socio (artículo 48.3), procede apreciar la falta de legitimación activa del demandante.

TERCERO.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA.-

La consecuencia que lleva aparejada la apreciación de la falta de legitimación activa es la absolución en la instancia del demandado, sin entrar en el fondo del asunto.

Así lo considera el Tribunal Supremo, en Sentencias como la siguiente:

* **STS 14-10-2008**, nº 901/2008, cuyo fallo, tras apreciar la falta de legitimación activa del demandante y con estimación del recurso de casación se pronuncia en los siguientes términos:

“... sin entrar en el fondo del asunto, desestimar la demanda (...) con absolución en la instancia de los codemandados...”

CUARTO.- RECONVENCION.-

Tal y como se ha expuesto en el antecedente cuarto de este laudo, el demandado ha renunciado expresamente a la demanda reconvenicional formulada en el trámite de contestación a la demanda.

Como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17-03-2003, nº 279/2003, en su fundamento de derecho cuarto, el "desistimiento" tiene un alcance meramente procesal, no siendo equiparable a la "renuncia", pues esta última está vinculada al Derecho material.

El desistimiento supone un abandono del proceso, judicial o arbitral, mientras que la renuncia es un abandono definitivo de la acción con efectos de cosa juzgada material e impide al renunciante plantear la misma pretensión en un proceso ulterior.

En este caso, lo que se ha producido es una renuncia del demandado a la pretensión deducida mediante su demanda reconvenicional, por lo que procede dictar un laudo desestimatorio de dicha reconvenición, con absolución del actor-reconvenido.

La renuncia se ha motivado alegándose por el demandado que el 17 de enero de 2017 (es decir, con posterioridad a contestarse por el actor a la reconvenición) se celebró una Asamblea General Extraordinaria de la Cooperativa en la cual se decidió ratificar el acuerdo de expulsión del Sr., razón por la cual no tenía sentido la continuación de la reconvenición, mediante la cual se pretendía que el laudo declarase la baja voluntaria, no justificada, del actor como socio cooperativista.

QUINTO.- COSTAS.-

No se hace expresa imposición de costas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, tanto en lo que respecta a la demanda como a la reconvenición.

Con base en los antecedentes, hechos y fundamentos expuestos, se dicta la siguiente:

RESOLUCION ARBITRAL

Primero.- Sin entrar en el fondo del asunto, se desestima la demanda interpuesta por D. contra D., por falta de legitimación activa del demandante, absolviendo en la instancia al demandado.

Segundo.- Teniendo por renunciado al Sr. a su demanda reconvenicional, se desestima la misma absolviéndose al Sr. de los pedimentos objeto de dicha reconvenición.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, ni en lo que respecta a la demanda principal ni en cuanto a la reconvenición.

Este es el laudo que pronuncio y firmo en Vitoria-Gasteiz a 13 de Marzo de 2017.

Fdo. EL ARBITRO