

ALGUNOS PROBLEMAS DE NULIDAD Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL COOPERATIVO*

José Luis Argudo Périz

Profesor Titular de Derecho Civil
Escuela Universitaria de Estudios Sociales
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En este trabajo se parte de la configuración del convenio arbitral en la Ley de Arbitraje de 2003, para tratar de comprobar los tipos de invalidez que le afectan, especialmente cuando se incluye como cláusula arbitral en los Estatutos de Sociedades Cooperativas y su repercusión en este arbitraje especial, contemplado en la legislación estatal y autonómica de cooperativas.

Se estudia en particular la litigiosidad, a través de sentencias recientes de distintos Tribunales, que han originado los convenios arbitrales cooperativos, y algunas de las materias conexas o que son su objeto.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, cooperativas, convenio arbitral, contratos, invalidez, conflictos.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Validez de actos jurídicos en Derecho Privado», SEJ 200505790/JURI, cuyo investigador principal es el catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe en unas breves líneas intentar hacer siquiera una breve historia legislativa del arbitraje cooperativo, tarea que afortunadamente ha sido ya realizada en gran medida¹, por lo que me ceñiré a indicar que dicho desarrollo legislativo ha sido especialmente accidentado. En la actualidad este «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)»², está contemplado en la Disposición Adicional Décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas³ que representa una garantía constitucional con relación a las competencias estatales en materia de arbitraje, ya que, incomprensiblemente, el arbitraje cooperativo ha quedado excluido de la mención de los arbitrajes especiales que realiza la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, aunque sus normas son supletorias para el arbitraje cooperativo (art. 1.3 LA).

Por otro lado, el fracaso del Consejo Superior del Cooperativismo creado por la Ley General de Cooperativas de 1987 (arts. 162 y 163), además de producir algunas situaciones anómalas, ya que desapareció legalmente en 1990 pero nunca llegó a existir⁴, dejó en manos de la emergente legislación autonómica legislativa la decisión

1. MUÑOZ VIDAL, Antonio B., *El arbitraje cooperativo*, Murcia, Caja Rural de Murcia, 1978. Trabajos más recientes son TRUJILLO DÍEZ, Iván J., “El arbitraje cooperativo: régimen legal y otras cuestiones”, en *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, Madrid, GEZKI- Marcial Pons, 2002, pp. 157-186. Reeditado en *Revista Vasca de Economía Social*, nº 1 (2005), pp. 13-43; MARTÍ MIRAVALLS, J., “El Arbitraje Cooperativo en la Legislación Española”, en *Boletín de Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 39 (2005), pp. 33-91; y MERINO HERNÁNDEZ, S., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M. P., y SAN JOSÉ MARTÍNEZ, F., *Manual de Arbitraje Cooperativo Vasco*, Vitoria, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, 2001.

2. STS 176/1996, de 11 de noviembre, citada por la STC 9/2005, de 17 de enero (RTC 2005\9).

3. «1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad.

2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.»

4. «En efecto, y como recoge la disp. final de los estatutos de la Cooperativa demandada, aprobados el 9-7-1958, se prevé la sumisión, respecto de las reclamaciones como la discutida en los autos de los que dimana el presente rollo, al arbitraje del Consejo Superior de la Obra Sindical “Cooperación” (sic), al que se refería el art. 162 de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (de carácter supletorio de la normativa propia de las Comunidades Autónomas, y si bien respecto de Galicia, el RD 2412/1982, de 24 de julio, procedió a la transferencia en materia de Cooperativas, sin embargo no se procedió a la elaboración de una Ley vigente al respecto). Pero este artículo fue derogado por el 98 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que crea, en sustitución del Consejo Superior del Cooperativismo al que se refería y que ocupaba el lugar dejado el relativo a la Obra Sindical, el Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, al tiempo que suprime el art. 163, sobre conciliación y arbi-

de diseñar los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos apropiados para el sector cooperativo de cada territorio autonómico. La opción mayoritaria, entre confiarlos a las asociaciones cooperativas o a las instituciones autonómicas encargadas de la promoción del cooperativismo, fue la de crear Consejos Autonómicos de Cooperativismo, de naturaleza administrativa, a los que se les encomendó estas funciones, lo que ha permitido asentar y dotar de medios a los servicios institucionales de arbitraje cooperativo.

No todas las Comunidades Autónomas han desarrollado estos servicios, por lo que muchas cooperativas no tienen la posibilidad de someter sus conflictos a una arbitraje institucional cooperativo, y en los que existe, el proceso de modificación estatutaria para incluir cláusulas de sumisión al arbitraje cooperativo ha sido lento, mientras otras Comunidades Autónomas están desarrollando otros métodos de resolución alternativa de conflictos, como la conciliación y mediación. El País Vasco ha sido la Comunidad pionera en desarrollo del arbitraje cooperativo, y ahora de los nuevos sistemas alternativos, y sus normas pueden servir de referencia para determinar los sujetos y las controversias sometidas a arbitraje cooperativo.⁵

Las profesoras SAMANES y GASPAS afirman que el contrato de arbitraje será inválido o nulo de pleno derecho si no se ha formalizado voluntariamente por las partes del conflicto, si no existiese entre ambas una cuestión litigiosa o, en fin, si no

traje cooperativo. Por consiguiente, si bien existe la sumisión al arbitraje, justificada por la normativa vigente al tiempo de la constitución de la Cooperativa, al no existir el organismo arbitral, ha de estarse necesariamente, a lo previsto en el artículo 38.2 de la ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que señala que "no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubiesen sido directamente designados por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expedita la vía judicial para la resolución de la controversia"; a estos supuestos, y por idéntica razón, hay que añadir la inexistencia del ente designado como árbitro, en razón a la imposibilidad que genera (no puede olvidarse que donde existe la misma razón, idéntica ha de ser la norma aplicable). Y ante la falta de acuerdo entre las partes, está abierta la vía judicial.» SAP de Orense (Sala 1ª) de 6 de junio de 1994 (TOL 189863).

5. La Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi señala en su artículo 145.2.f), que corresponde al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi: «Intervenir por vía del arbitraje en las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas, entre éstas y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus socios, cuando ambas partes lo soliciten o estén obligadas a ello a tenor de sus Estatutos, Reglamento Interno o por cláusula compromisoria. En todo caso la cuestión litigiosa debe recaer sobre materia de libre disposición por las partes conforme a derecho y afectar primordialmente a la interpretación y aplicación de principios, normas, costumbres y usos de naturaleza cooperativa».

El Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos de las cooperativas vascas aprobado por el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi el 15 de julio de 2004 (BOPV 21 de septiembre de 2004), establece que el Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas –Bitartu- establece en su art. 3 que «conocerá de las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas, entre éstas – o sus diferentes órganos sociales- y sus socios, o en el seno de las mismas entre sus diferentes órganos sociales o entre los socios», y que el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten entre los socios «se limitará a las que se deriven de la actividad cooperativa, excluyéndose cualesquiera otras que pudieran constituir relaciones particulares entre los mismos».

se tiene de él constancia documental de su celebración⁶, y a estas cuestiones en el ámbito cooperativo dedicamos las siguientes líneas, contemplando especialmente aquellos conflictos que han tenido un especial importancia o reiteración en las sentencias de los Tribunales, aunque en algunas ocasiones nos hagan desbordar los límites iniciales de este trabajo.

II. CONVENIO ARBITRAL Y VOLUNTAD DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

Partiendo de la formalización voluntaria del convenio arbitral por las partes en conflicto, TRUJILLO y MARTÍ⁷, han estudiado con detalle la forma del convenio arbitral cooperativo, que puede concertarse por tres vías: a) mediante pacto individual y concreto de los litigantes; b) mediante la intermediación de la institución de administración del arbitraje; y c) a través de la cláusula arbitral en algún instrumento de expresión de la voluntad societaria, especialmente en los Estatutos de la sociedad cooperativa.

Como son los Estatutos el medio más habitual de integrar la cláusula, generalmente, o el convenio arbitral para someterse al arbitraje de la institución arbitral cooperativa, es recomendable seguir el criterio que indica TRUJILLO⁸ de que las cláusulas estatutarias de arbitraje se formulen de forma amplia, que permitan recoger genéricamente todas las materias susceptibles de arbitraje cooperativo vinculadas materialmente con la relación societaria⁹.

Esta forma de determinar las «cuestiones», contemplada de forma amplia y genérica por la disposición final primera de los estatutos de una cooperativa agraria valenciana, ya que se refería «nada menos que a cuanta interpretación se efectúe en relación con los Estatutos o con motivo de los actos y contratos que celebre la cooperativa

6. SAMANES ARA, C. y GASPAR LERA, S. «La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», *nulidad*, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93>), p. 4.. Publicado también en *Revista del Poder Judicial*, n° 75 (2004), pp. 183-224.

7. MARTÍ MIRALLES, J., «Convenio arbitral y conflictos cooperativos», en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n° 16 (2005), pp. 81-100

8. TRUJILLO, I., «El arbitraje...», *op. cit.*, pp. 38-9

9. En el mismo sentido, CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 46: «En el arbitraje societario es habitual la inclusión en los estatutos de una cláusula amplia sin concreción de los litigios arbitrales. Tal formulación no debe considerarse vaga o imprecisa. Por el contrario, la consideramos como la fórmula más idónea por albergar todos los litigios susceptibles de surgir en el marco de las relaciones societarias que afectan a Derechos disponibles».

con sus socios y asociados», permitió que la SAP de Valencia de 6 de noviembre de 2000 (JUR 2001\92157) revocase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y aceptase la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje alegada por la socia apelante y rechazada por la representación de la Cooperativa, para las dos cuestiones litigiosas planteadas, habiendo incluso sobre una de ellas (reclamación de cantidad de la cooperativa a la socia) resuelto la sentencia de instancia a favor de la cooperativa. Y la exigencia de una detallada concreción objetiva «se torna excesiva, pues al determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el Derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo uno u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas» (Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998\1118]).

Los otros medios de incluir un convenio arbitral de sometimiento a arbitraje pueden ser un acuerdo parasocial, que sólo obliga a los cooperativistas que lo hubieran otorgado o consentido, del mismo modo que un acuerdo de la Asamblea General para la sumisión singular a arbitraje de la propia cooperativa y para un litigio concreto, aunque es más frecuente que se incluya en el Reglamento de Régimen Interno, como norma de desarrollo estatutaria.

Superados ya algunos problemas que la arbitrabilidad de las cuestiones societarias suscitaban, con la RDGRN de 19 de febrero de 1998 y la STS de 18 de abril de 1998 (RJ 1998,2984), y aclarada la vinculación de los socios presentes y futuros al compromiso arbitral, ya que las relaciones societarias son relaciones jurídicas duraderas, todavía encontramos sentencias que ponen en entredicho la vinculación de los socios de las cooperativas al convenio arbitral aprobado estatutariamente, o dudan de que exista una voluntad de los socios de someterse al arbitraje cooperativo.

Tal es el caso de las SS AP de Valencia de 10 de junio de 2002 y de AP de Alicante de 12 de noviembre de 2002, que interpretan que como la Ley valenciana de Cooperativas vigente (Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de julio) en su art. 18.2 permitía someter el acuerdo a arbitraje cooperativo o bien impugnarlo por vía jurisdiccional, generaba una opción a elegir una u otra vía a pesar de la vinculación estatutaria al arbitraje. Como bien señala MARTÍ, la opción la realiza el socio al incorporarse a la cooperativa y aceptar íntegramente sus estatutos¹⁰.

Mas preocupante es que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 13 de diciembre de 2004 (RJ 2005\759) y 20 de diciembre de 2004 ((RJ 2005\763), en recursos de casación para unificación de doctrina instados por una Cooperativa de Trabajo Asociado, motivados por la baja obligatoria y consecuente despido de una socia-trabajadora, establezca que

«...los Estatutos de la Cooperativa son una forma de contrato de adhesión. El socio que pretende ingresar en la Cooperativa tiene que aceptar el texto de su esta-

10. MARTÍ, "Convenio...", *op. cit.*, pp. 96-7.

tuto, sin que le sea dado a negociar su contenido. Debe aceptar lo que hay. Y en el artículo 43 ya referido no sólo se impone el arbitraje, sino el que también haya de ser de equidad y resuelto precisamente por tres árbitros designados por una de las partes, mandato en abierta contradicción con el artículo 15 de la Ley de Arbitraje que exige que en el nombramiento de los árbitros se respete el principio de igualdad. Tales imposiciones de los Estatutos, no negociables, permiten el acceso al arbitraje siempre que, surgida la controversia, ambas partes decidan someterse a ese preciso modo de resolución, pero en modo alguno puede estimarse que supone el voluntario y anticipado sometimiento al procedimiento arbitral por el mero hecho de ser socio de la cooperativa. Téngase en cuenta que, según dispone el artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998\960), reguladora de las condiciones generales de la contratación, «no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato.».. Conjunto de normas que no permiten concluir haya sido voluntad común de las partes aceptar el procedimiento arbitral en los términos que se desprenden del art. 43 de los Estatuto de la demandada».

El conocimiento de la Sala de lo Social viene atribuido por la competencia de la jurisdicción laboral para resolver los conflictos socio-laborales en la Cooperativas de Trabajo Asociado (art. 2.º Ley de Procedimiento Laboral). Y la Ley de Arbitraje de 2003 prevé en su art. 9.2 que «si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato». Pero los Estatutos de una Cooperativa, o de otra cualquiera forma de sociedad no son una forma de contrato de adhesión.

Esta cuestión la estudió CARAZO¹¹ y rechaza esta posibilidad basándose en que el contrato de sociedad es un contrato asociativo de organización y colaboración, que escapan a los estrechos límites de la relatividad contractual, mientras que en los contratos de adhesión apenas cabe hablar de libertad contractual. La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación excluye ciertos contratos (art. 4), como los de constitución de sociedades, y la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 que se transpone en esta Ley, excluía los contratos relativos a «la constitución y estatutos de sociedades»

Por otra parte, la obligación de la constancia escrita de la cláusula o convenio arbitral inserto en los estatutos permite su conocimiento por los socios, de igual modo que la publicidad registral de los mismos, y en definitiva la posición de los socios en la sociedad no es estructuralmente de desequilibrio o desigualdad.

La socia-trabajadora demandante había sido presidenta de la Cooperativa, por lo que no se le puede presumir ignorancia del funcionamiento de la Cooperativa y de

11. CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pp. 102-107.

sus estatutos, pero sí merece reparo el sistema arbitral instaurado, que era un arbitraje *ad hoc* -no institucional- y de equidad, siendo los árbitros tres personas designadas por la propia Cooperativa en sus Juntas. Hubiera sido posible igualmente alegar que no había igualdad en la designación de los árbitros (art. 15 L.A), y la preferencia por el arbitraje de derecho establecido por la Ley estatal pone en duda que en este caso nos encontremos con una «autorización expresa» para que pueda ser de equidad (art. 34.1 LA).

En definitiva, siguiendo a GETE-ALONSO, el convenio arbitral es un negocio propio que cuando toma como objeto una relación jurídica determinada queda ligado de forma necesaria a la misma, y por ello puede aparecer documentalmente como una cláusula unida al contrato para el que se prevé, de forma directa, la posible resolución de los conflictos, pero también se puede pactar de forma independiente, aunque venga referido a determinadas relaciones jurídica, con forma contractual y no como simple cláusula¹².

Por la relevancia que tienen en la posible invalidez e ineficacia del convenio arbitral cabe enumerar aquí los motivos por los que podrá ser anulado el laudo arbitral, que son los siguientes (art. 41.1 LA):

- «a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada¹³ de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.»

Comparando con la Ley de Arbitraje de 1988, que es la norma de aplicación en la mayoría de las sentencias a las que hacemos referencia, el art. 45 –que contaba con cinco apartados- señalaba que el laudo sólo podía anularse en el caso de que el «convenio arbitral fuese nulo» (ap. 1º), sin distinguir entre inexistencia e invalidez, o fuese contrario al orden público (ap. 5º): Que los árbitros resolvieran sobre «puntos» no sometidos a su decisión o no susceptibles de arbitraje, eran motivos que se agrupaban en el apartado cuarto, que añadía: «en estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal», que la nueva Ley de 2003 –art. 41.3- interpreta en el sentido que «la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no

12. GETE-ALONSO Y CALERA. C., "La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje", *La Ley*, 1990-2, pp. 1041-2.

13. A la parte que solicita la anulación.

sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás».

Y el apartado segundo se contemplaban los motivos de anulación referentes al nombramiento de árbitros y al desarrollo de la actuación arbitral, por no haberse «observado las formalidades y principios esenciales establecidos en esta ley», que guardan semejanza con los motivos b) y d) del art. 41.1 LA 2003, ya que son también errores *in procedendo*, bien por falta de notificaciones en el arbitraje, o no ajustarse a la norma arbitral en la designación de árbitros o en el procedimiento arbitral¹⁴.

III. INEXISTENCIA E INEFICACIA DEL CONVENIO

La falta de constancia documental del convenio arbitral parece una causa adecuada para contemplar su inexistencia, alegándola en la acción de anulación del laudo, y considerarla de forma independiente a la invalidez del mismo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, precisamente, es nulo todo convenio del que no se tenga esa constancia documental¹⁵. La Ley de Arbitraje exige que el convenio arbitral conste, a través de los diferentes y amplios medios que permite, por escrito (art. 9.3), y faltando este requisito, parece razonable que el convenio arbitral sea inválido por ser nulo de pleno derecho.

Otra cuestión es que el convenio tenga una base documental escrita, existe documentalmente, pero no pueda ser aplicado a una determinada controversia, que puede provenir de que esa cuestión no pueda ser decidida por los árbitros, no esté sujeta a arbitraje, o no tenga eficacia obligacional respecto a las partes en conflicto, por no existir convenio arbitral vinculante previamente al planteamiento de la controversia.

El art.5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 contemplaba que el convenio arbitral podía someter la solución de las cuestiones «surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas», y en la Ley vigente de Arbitraje el art. 9.1 utiliza una expresión similar respecto a las controversias que pueden someterse a arbitraje mediante el correspondiente convenio arbitral. La misma Exposición de Motivos de la Ley de 1988 manifestaba el progreso que representaba respecto a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 al poder tener por objeto el convenio arbi-

14. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 371.

15. SAMANES ARA, C. y GASPAR LERA, S. «La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», *nulidad, NUL*. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93>), p. 4.

tral cuestiones presentes o futuras, superando «la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes».

Pero en la legislación autonómica cooperativa valenciana, en la que se apoyan dos sentencias que posteriormente analizamos, tanto el Real Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio (art. 111.1.b), como la actual Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (art. 123.1.b), establecen que «será preciso que las partes en conflicto se hayan obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos», para poder acudir a los servicios de arbitraje del Consejo Valenciano del Cooperativismo, requisito necesario para atribuir competencia a esta institución autonómica cooperativa para dictar el laudo arbitral, y no a otros árbitros, o instituciones o asociaciones arbitrales.

Esta obligación previa a la controversia de inserción de la cláusula arbitral, habitualmente en los estatutos sociales de la cooperativa, de sometimiento al procedimiento arbitral, encomendado a la institución autonómica arbitral cooperativa, ha generado los últimos años una cierta actividad en las cooperativas valencianas para adaptar, mediante adopción del correspondiente acuerdo de la Asamblea General, sus estatutos a la nueva legislación autonómica, incluyendo la cláusula arbitral. Y la cuestión de la aplicación del convenio arbitral se plantea respecto de los acuerdos de la misma Asamblea, que incluye entre sus puntos del orden del día tanto la adaptación estatutaria y otro tipo de decisiones, como la medida sancionadora de expulsión de un socio.

Este es el supuesto contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 6ª) de 12 de noviembre de 2002¹⁶ (RJ 2003\53355), revocando la anterior sentencia de acogimiento de la declinatoria de sometimiento a arbitraje, ya que el acuerdo de expulsión de dos socios se tomó antes de la aprobación de la reforma estatutaria, «lo que supone que no habiendo sido aprobada en tal momento la referida reforma estatutaria –en la que se acuerda la inclusión de la cláusula arbitral- la misma como no existente, no podía desplegar efecto alguno con relación a las posibilidades de impugnación de los acuerdos de expulsión ya consumados, y además ejecutivos desde ese mismo momento¹⁷».

Y la Audiencia Provincial de Castellón, por Auto de 15 de octubre de 2004 (TOL 560985), resolviendo también el recurso por la declinatoria admitida previamente, motivado en su inicio por la solicitud de nulidad de la convocatoria, constitución y celebración de la Asamblea General ordinaria de la cooperativa demandada, en la

16. Comentada por Jaume MARTÍ MIRAVALLS, "Convenio...", *op. cit.*, pp. 98-9.

17. Añádase que la reforma estatutaria no obtuvo la correspondiente autorización administrativa del Instituto Valenciano de Finanzas, exigida por la legislación autonómica, hasta fechas muy posteriores.

que se aprobó la adaptación estatutaria a la nueva Ley valenciana de cooperativas. Aunque este acuerdo no se suspendió cautelarmente, la adaptación estatutaria no se plasmó en un Acta hasta un mes después de celebración de la Asamblea, incluyendo en su art. 69 el convenio arbitral, por lo que «resulta evidente que cuando surge la controversia (pretensión de nulidad de la junta y acuerdos alcanzados) las partes no se habían obligado anteriormente o con carácter previo por convenio arbitral representado por el artículo 69 de los Estatutos (cláusula compromisoria) toda vez que la nulidad se postula también de la misma convocatoria, constitución y celebración de la Junta, es decir, antes de que se alcanzaran los acuerdos aprobatorios de la adaptación estatutaria a la Ley de Cooperativas Valenciana, por lo que no existía ese convenio arbitral previo exigido por la Ley, sin que puedan aplicarse retroactivamente sus efectos».

No era una exigencia en la regulación de las Leyes valencianas de cooperativismo establecer como exigencia la previa existencia de convenio arbitral a la cuestión litigiosa, ya que se someten a la legislación estatal de arbitraje, que lo permite. La norma autonómica es imperativa y persigue la atribución del arbitraje a una determinada institución arbitral autonómica, por lo que, pese a la amplitud que podrían contemplar las cláusulas de sometimiento al arbitraje en los estatutos de las cooperativas, éstas se restringen por las limitaciones que impone el Consejo Valenciano del Cooperativismo para acceder a sus servicios institucionales de arbitraje. En consecuencia, como señala TRUJILLO, “el compromiso de arbitraje acogería solamente la voluntad social expresada a través de su Asamblea General, pero no el consentimiento de la otra parte –esto es, del socio o de la minoría en conflicto con su cooperativa-, por lo que no puede considerarse consentido el convenio arbitral, al menos para esa concreta cuestión litigiosa ya presente en el momento de la adopción del acuerdo”¹⁸.

En los casos citados, el convenio arbitral sustentado en las cláusulas compromisorias de los reformados estatutos sociales no tiene eficacia para vincular a las partes enfrentadas en el conflicto, ya que la relación jurídica que se pretende someter a arbitraje es anterior a la adopción del acuerdo o la formalización de los estatutos comprensivos del convenio arbitral¹⁹. Es en este sentido que ambas sentencias

18. TRUJILLO DÍEZ, Iván J., “El arbitraje...”, *op. cit.*, pág. 32.

19. En sentido contrario, cláusula arbitral en los estatutos de sociedad mercantil (S.A.) modificada por una nueva cláusula de sometimiento a los Tribunales. La cuestión que tiene que dilucidar la SAP de Madrid (sección 21) de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\22969) es si la cláusula arbitral estaba vigente cuando un socio invocó dicho convenio arbitral para resolver una controversia con la sociedad, decidiendo afirmativamente ya que el requerimiento para someter la cuestión a arbitraje se produjo previamente a la Junta General que aprobó la modificación estatutaria. Comenta la sentencia CARAZO, *op. cit.*, pp. 50-51. Dicha sentencia fue motivo de recurso de amparo que resuelve la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005 (RTC 2005\9), a la que haremos referencia posteriormente, y reafirma en lo que aquí interesa, el criterio de la Audiencia Provincial de que «la cuestión de la vigencia del convenio arbitral tiene carácter material, afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de composición de controversias y debe resolverse con referencia al momento en que se hace patente la existencia de conflicto entre las partes, lo que sucede cuando una de ellas es requerida extrajudicialmente para la formación del arbitraje».

afirman que el convenio arbitral *no existe*, porque no puede desplegar efecto alguno respecto a los previos acuerdos impugnados, cuando en realidad nos encontramos con un convenio válido y obligatorio para las partes pero ineficaz, ya que no puede obligar a las partes a someter esa determinada controversia a la decisión arbitral, no en razón a la materia, sino del tiempo en que se produjo, y sin que pueda aplicarse de forma retroactiva. Opina MARTÍ que, en los casos contemplados del cooperativismo valenciano, el convenio arbitral podría tener un carácter retroactivo, reuniendo dos requisitos: que el acuerdo asambleario fuese aprobado por unanimidad y mencionase expresamente esta aplicación retroactiva²⁰. No parece encontrarse impedimento a esta posibilidad, partiendo del carácter dispositivo para las partes de los derechos y relaciones jurídicas sometidas a arbitraje (art. 2.1 LA), la amplia autonomía de la voluntad societaria, y, especialmente, que así lo contempla la legislación arbitral estatal, que se refiere a controversias ya existentes o futuras (art. 9.1 L.A)²¹.

IV. NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS

El art. 41.1.a) LA indica que podrá ser anulado el laudo cuando el convenio arbitral «no es válido». Se entiende que se refiere a ambos tipos de invalidez, nulidad de pleno derecho y anulabilidad. En la anterior Ley de Arbitraje de 1988 sólo se contemplaba expresamente un supuesto de nulidad del convenio, el referido a la situación de privilegio de una de las partes en la designación de los árbitros (art. 9.3 LA) En la actual Ley, CORDÓN²² señala, además, las siguientes causas de nulidad del convenio: que las partes carezcan de capacidad o el convenio no tenga por objeto materias sobre las que no tienen libre disposición (art. 2.1); cuando el convenio no tenga forma escrita (art. 9.3); cuando se coloque dentro de un contrato de adhesión y éste sea nulo, de acuerdo con las normas reguladoras de esta modalidad de contratación (art. 9.2); y cuando se fije en él un número de árbitros que no sea impar (art. 12), pero ha de tenerse en cuenta que, como cualquier otro acuerdo negocial, debe quedar sometido a todas las causas que provocan la nulidad de los contratos.

20. MARTÍ MIRAVALLS, "Convenio...", p. 99

21. Aunque nos parece una solución complicada en su aplicación, ya que la regla general es el de las mayorías determinadas por la Ley, y un tanto forzada. Este criterio sigue en definitiva muy de cerca de cierta doctrina jurisprudencial italiana, especialmente la sentencia de la Corte de Casación de 23 de junio de 1941, que exigía unanimidad, o mayoría con el voto favorable del socio afectado, cuando la cuestión controvertida ya hubiera surgido, y sólo la mayoría cuando el conflicto no hubiera surgido todavía. *Cfr. CARAZO, op. cit.*, p. 62. En definitiva, se trata de respetar la voluntariedad de la partes y el posible respeto a los derechos de minorías en la sociedad, pero elegir la solución extrajudicial del arbitraje no puede plantearse como un riesgo de menoscabo de los mismos.

22. CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje de Derecho Privado, op cit.*, pp. 265-66.

También el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (art. 9.1 LA), y el art. 22.1 declara la autonomía de la cláusula o convenio arbitral respecto a las demás estipulaciones del contrato, por lo que la decisión arbitral de declarar la nulidad del contrato de base no entrañara por sí sola la del convenio arbitral, pero la conclusión de que contrato principal y cláusula arbitral tengan diferentes causas de nulidad y anulabilidad, es una generalización excesiva, ya que pueden comunicarse o afectar a todo el contrato²³.

Hay otra causa de nulidad que se articula también a través del art. 41.1 y origina la nulidad del convenio arbitral, como es que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje (letra e), y aunque la Ley sólo dictamine la anulación de los pronunciamientos del laudo referidas a estas cuestiones, si son separables del resto (art. 41.3), determinará también la invalidez de las cláusulas arbitrales que establecían como arbitrables esas relaciones jurídicas, si los árbitros no lo han determinado previamente (art. 22.1). No parece afectar sin embargo al convenio arbitral que los árbitros resuelvan sobre cuestiones no sometidas a su decisión, salvo que sea una concreción de la causa anterior o traiga causa de la insuficiencia y falta de determinación del propio convenio Aunque las partes, art. 6, puedan renunciar tácitamente a las facultades de impugnación al no denunciar, dentro del plazo previsto, la infracción que conozcan «de algún requisito del convenio arbitral», ello no puede llevar a suponer que sea aplicable a los elementos del convenio determinantes de su nulidad.

Vamos, a continuación, a hacer una breve referencia a las controversias que son el objeto del convenio o cláusula arbitral, sobre las que el art. 2.1 sólo establece que han de recaer «sobre materias de libre disposición conforme a derecho», buscando especialmente a través de las planteadas ante los Tribunales aquellas que puedan plantear dudas sobre la susceptibilidad de arbitraje.

En la SAP de Navarra (sección 2ª) de 19 de junio de 2001 (JUR 2001\229165), se decide sobre un recurso de nulidad parcial por una sociedad anónima frente al Laudo arbitral de equidad, por haber resuelto el árbitro sobre una cuestión que no se le había sometido a su decisión (art. 45.4º LA 1988). El sometimiento a arbitraje venía determinado por una de las cláusulas del contrato que vinculaba a la sociedad mercantil con una cooperativa de viviendas, y que se formalizó judicialmente (art. 42. 1 y 2 LA 1988) a instancia de la S.A., delimitando los límites de la controversia amparada por el convenio arbitral que debía ser resuelta mediante laudo de equidad. La sentencia estima que el árbitro no se excedió en sus funciones, pronunciándose sobre cuestiones no sometidas al laudo, ya que «concediendo “menos”²⁴, o, sencii-

23. CORDÓN MORENO, *op. cit.*, pp. 109-10.

24. En este caso, metros cuadrados de locales construidos que la cooperativa debía transmitir a la otra sociedad.

llamente, “no concediendo nada”, -decisión perfectamente posible, en un arbitraje de equidad, debemos apuntar- no se están infringiendo los límites, que puedan derivarse, de la configuración de la “cuestión conflictual”, amparada por el convenio arbitral, y sobre la que el Arbitro ha de resolver en equidad, en este caso».

En la STS (1º) de 18 de junio de 2002 (RJ 2002\5224), el litigio se había producido por la asistencia a una Asamblea de la Cooperativa de Vivienda como socios de tres personas, que no acreditaron su representación, por lo que contravenían normas imperativas. Alegan los recurrentes la infracción de varios preceptos de la Ley General de Cooperativas de 1987 y la vulneración del art. 6.3 CC. La sentencia estima que la disposición codicial ha de interpretarse con flexibilidad y no puede suponer la sanción de nulidad indiscriminadamente. Clasifica los actos contrarios a la Ley en tres grupos, distinguiendo entre las contravenciones de preceptos específicos legales que impongan la nulidad, de las que, a pesar de ello, la norma ordene su validez, y aquellos que contraríen la Ley sin que ésta formule consecuencias respecto a su validez o nulidad. En estos último es donde el Juzgador ha de extremar la prudencia en la valoración, pudiendo determinar la validez del acto, si la levedad del caso lo permite, o la nulidad del mismo si, especialmente, contraría la ley, la moral o el orden público²⁵. En el caso que reseñamos, concluye que el art. 48. 1. pº 2 LGC 1987 permite la representación del socio por su cónyuge, y era práctica habitual sin ostentar delegación de voto, y los acuerdos fueron tomados por abrumadora mayoría, por lo que la asistencia de tres personas que no eran socios, era una irregularidad sin incidencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Los conflictos pueden residenciarse también, a veces de una forma solapada o indirecta, en la aplicación de los principios cooperativos, que no son –según TRUJILLO²⁶- principios generales del Derecho por tener un origen extralegal, pero que “gozan de los efectos que son propios de los principios generales del Derecho, esto es, son susceptibles de aplicación aislada a un tiempo que informan el sector del ordenamiento que viene constituido por el Derecho de Cooperativas”. Tienen un valor normativo directo porque se lo asigna la legislación cooperativa (por ej. art. 1

25. Cita como jurisprudencia las SSTs de 28 junio de 1986 (RJ 1986,4621), 17 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7293) y 29 de octubre de 1990 (RJ 1990,8265). En la sentencia de 28 de febrero de 2002 se recurre en casación justamente por falta de fidelidad a esta jurisprudencia por la Audiencia en un caso en el que se solicitaba la nulidad de los acuerdos de ampliación de capital. El motivo se desestima porque si dichos acuerdos «no se impugnaron dentro de los plazos legalmente establecidos en el art. 52.4 Ley 3/1.987, de 2 de abril, General de Cooperativas [aplicable por fecha de los hechos], los recurrentes no pueden oponer como excepción su nulidad cuando se les exige el cumplimiento de lo acordado, ya se trate de acuerdos contra la Ley, ya de otros acuerdos. Si han dejado caducar la acción, carece de sentido que se trate de aplicar las consecuencias que tradicionalmente se han derivado de la nulidad absoluta por contravención a la ley, cuando el propio legislador no las sigue, pues admite su posibilidad de impugnación en el plazo de caducidad de un año. No ejercitada la acción de nulidad, no es razonable sostener que no producen efectos».

26. TRUJILLO DÍEZ. I., “El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas”, en *RCDI* n° 658 (2000), pp. 1329-60.

Ley de Cooperativas de 1999) y cumplen una función interpretativa del Derecho cooperativo. Bien es verdad que en la práctica los Tribunales no los citan ni los tiene en cuenta, y no se han incorporado a la jurisprudencia de referencia, salvo el principio de igualdad de los socios, que es más bien un principio general del Derecho de Sociedades, y, en alguna ocasión el conocido como de «puertas abiertas», es decir, el de libre adhesión y baja voluntaria de los socios²⁷.

El principio de igualdad como propio de las relaciones mutualistas ha tenido un especial eco en contiendas relativas a cooperativas de viviendas, especialmente por la adjudicación y uso de viviendas, locales o garajes, desde las SSTs de 26 de enero de 1983 (RJ 1983\389) y 20 de marzo de 1986 (RJ 1986\1273), cuya cita reitera la STS 4 junio 1992 (RJ 1992\4994), refiriéndose en todos los casos a la aplicación de la Ley de Cooperativas de 1974 y Reglamento de 1978²⁸. Esta jurisprudencia, que podemos denominar tradicional, ha quedado oculta en el fondo decisorio de los Tribunales, que ahora sólo citan los preceptos de la legislación cooperativa, estatal y autonómica.

Interesante ejemplo de lo anterior es la STS de 5 de abril de 2005 (RJ 2005\3335), en la que el debate de la sentencia se centra en si la adjudicación de las viviendas a los cooperativistas se debe realizar por sorteo o por “baremo”, que tenía en cuenta las aportaciones anticipadas a la cooperativa, la antigüedad del socio y su situación familiar. En los Estatutos originales de la Cooperativa, de los años setenta, se contemplaba este sistema que las sentencias denominan, impropia, como “principios de la cooperativa”, pero la Audiencia consideró el de sorteo como más justo por ser expresión de la igualdad de los socios. El Tribunal Supremo casa la sentencia porque «el criterio de la Audiencia, que no respeta el sistema dicho, y que entiende que es prioritario el de igualdad mediante sorteo, que eleva a categoría fundamental, como principio inderogable, cae por su base, ante esa aceptación e implantación de otro, como el dicho, que no es arbitrario, y que se adopta con criterios también sociales (mayor aportación a las cargas sociales, antigüedad, y mayor beneficio a los miembros de familia con más descendencia)». En realidad, ambas decisiones podrían justificarse en los principios cooperativos de haberse basado la resolución en ellos²⁹,

27. Sin citarlo, STS de 22 de abril de 2005, Y en otras cuestiones, como los de medidas de exclusión de socios, el Derecho de asociaciones aparece como supletorio, especialmente a través de las sentencias del Tribunal Constitucional. *Vid.* SAP Alicante de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003\53355) y SAP de Huelva (sección 2ª) de 21 de abril de 1998 (AC 1998\887).

28. «...y todo ello sin olvidar el principio de igualdad de derechos que ha de existir entre los socios, en este tipo de empresa mutualista que es la Cooperativa, principio que es rector de su normativa...y que aquí los actores pretenden desconocer, intentando determinadas concesiones en el otorgamiento de sus escrituras, que no aparece se hicieran a los demás socios». STS 4 junio 1992 (RJ 1992\4994).

29. *Vid.*, por ejemplo SSTs de 20 de enero de 1997 (TOL 215146), de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\1714), y de 19 de octubre de 2005.

y la doctrina especializada opina que el criterio decisivo es el de la voluntad de los cooperativas, manifestada democráticamente en acuerdos³⁰.

Otras sentencias, hacen referencia a las relaciones mutualistas entre los socios y la sociedad cooperativa (STS 28 mayo 2002 [RJ 2002\7348]), y la STS de 1 de junio de 2004 (RJ 2004\3681) contempla la violación de normas, entre las que habría que incluir principios, cooperativas si los socios de una cooperativa de servicios conservasen su condición pese a no prestar los servicios exigidos. Tiene esta sentencia un interés añadido, por habilitar los Estatutos un sistema de remisión al Reglamento de Régimen Interior para regular las causas de baja obligatoria de los socios que, como señala PAZ CANALEJO³¹, habría ocasionado problemas de legalidad si se hubiera aplicado la Ley de Cooperativas de 1999, por ser un contenido estatutario que sólo puede ser “desarrollado” por otras normas internas.

V. ORDEN PÚBLICO Y NULIDAD DE ACUERDOS

Respecto al alcance del concepto de orden público en el arbitraje societario, CARAZO³², combinando los arts. 2.1 y 41.1.f) LA, entiende que hay que distinguir dos aspectos: el orden público como concepto excluyente de la arbitrabilidad de ciertas controversias por recaer sobre materias de las que no pueden disponer las partes, y como límite a la decisión de los árbitros que ha de ser respetado en el laudo arbitral.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988 indicaba que «se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución», que alaba LORCA NAVARRETE por superar “criterios ya obsoletos que crearon situaciones sumamente arbitrarias, mediante la creación de una particular concepción del orden público”³³.

Con ello se logra una aproximación a este concepto jurídico indeterminado basado en el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que evite «la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente del art. 24 C.E.»³⁴. Por

30. LAMBEA RUEDA, Ana, *Cooperativas de viviendas*, Granada, Comares, 2001, pp. 404-5. *Vid.* también por la semejanza y proximidad de conflictos en comunidades de propiedad horizontal, Silvia GASPAS LERA, “Sentencia de 25 de enero de 2005”, *CCJC*, n° 70 (2006), pp. 99-114.

31. Narciso PAZ CANALEJO, “Bajas voluntarias y obligatorias de socios cooperadores en la Ley 27/1999”, en *Revista Vasca de Economía Social*, n° (2004), p. 47.

32. CARAZO, *op. cit.*, p. 54.

33. LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 101.

34. STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1986\43).

ello la STC 9/2005 entiende que no son garantías derivadas –con el carácter de derecho fundamental- del art. 24 CE la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje, y tienen el carácter de derechos «que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados- concede a quienes consideren que aquellos han sido vulnerados».

La STS (1ª) de 28 de febrero de 2005, aunque no se refiere a arbitraje, valora la posible nulidad de los actos y acuerdos³⁵ de una Cooperativa de librerías de Galicia por ser contrarios al «orden público», lo que suponía también que dichos acuerdos no estaban sometidos al plazo de caducidad en su impugnación establecidos en la Ley General de Cooperativas de 1987. Se desestima la pretensión porque las sentencias citadas por los recurrentes, de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979, «conceptúan el orden público como el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales, e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada», y no encuentra correlación el Tribunal, «ni con la más febril imaginación», entre los principios citados y las irregularidades que, según los recurrentes, adolecen los acuerdos de la Asamblea de la Cooperativa, que, sin embargo, contradecían las disposiciones de la Ley de Cooperativas de 1987, y quedaban sujetos, por tanto, al régimen de impugnación de acuerdos regulado en la misma.

La regulación de la impugnación de los acuerdos sociales en la Ley General de Cooperativas de 1987 (art. 52) era muy deficiente, y en ella no se mencionaban los acuerdos contrarios al orden público, que sí contempla la Ley 27/1999 (art. 31.3), en sintonía con la Ley de Sociedades Anónimas (art. 116), estableciendo ambas que el plazo para la impugnación de los acuerdos nulos (es decir, los contrarios a la Ley) caducará al año, con excepción de los acuerdos, por su causa o contenido, contrarios al orden público, en cuyo caso la acción para su impugnación se considera imprescriptible. Podría deducirse de la norma que los acuerdos, para contrariar el orden público deberían contrariar también la Ley, pero para CALAZA la distinción entre nulidad por infracción de Ley y nulidad por contravención de orden público es un adecuado remedio contra la inseguridad jurídica “generada por la paradoja resultante del hecho de que ni todos los acuerdos contrarios a la Ley pueden ser tachados de nulos, ni todos los acuerdos, cuyo contenido resulta aparentemente conforme con la Ley, pueden, ello no obstante, ser conceptuados como definitivamente válidos”³⁶.

35. Se citan por los recurrentes, entre las infracciones del régimen de funcionamiento orgánico de la Cooperativa: “la falta de claridad y precisión en los puntos a tratar en las convocatorias, la ausencia de los requisitos formales de publicidad en las mismas, la omisión de la información relativa al carácter obligatorio o voluntario de las ampliaciones, el hecho de que la modificación del orden del día se realice en la propia asamblea, pasando a tratar un asunto distinto para el que fue convocada y sin atender al requisito de la universalidad para su modificación y, por último, el hecho de proceder a sucesivas ampliaciones de capital sin estar suscrito el de las anteriores”.

36. CALAZA LÓPEZ, M. S., *El proceso de formación de la voluntad social de las Sociedades Anónimas y Cooperativas. Vicios de contenido y de procedimiento*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 94.

Si no equiparamos infracción de normas imperativas con contravención del orden público, se entiende que en la sentencia mencionada del Tribunal Supremo se reconduzca el caso a la infracción de los preceptos sobre adopción de acuerdos sociales en la Ley de Cooperativas, por ser de legalidad ordinaria y no afectar a los principios de orden público obligatorios en un lugar y momento determinados, no lesivos de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. Algunas sentencias, aún con una determinación amplia, acotan un campo de aplicación posible del orden público en el denominado «orden público económico», entendido como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos, concretándolo en el área de los acuerdos sociales «como protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros», de tal manera que infringirían el orden público los acuerdos, convenios o negocios que atacaran esa protección, siempre que tuvieran la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE³⁷, restringiendo el concepto respecto a sentencias anteriores que lo aplicaban a cuestiones de carácter más formal³⁸.

Aplicado lo anterior al arbitraje, estamos con CARAZO³⁹, en que si se infringe una norma imperativa el cauce para la anulación del laudo no puede ser la violación del orden público, sino por haber resuelto el árbitro «sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (art. 41.1.e LA), ya que si en la resolución de la controversia ha de aplicarse una norma de derecho necesario, ésta debe ser aplicada obligatoriamente por el árbitro, del mismo modo que no puede vulnerar los principios de orden público, pero el orden público no puede determinar con carácter previo la arbitrabilidad o inarbitrabilidad de una determinada controversia, sino en la posterior acción de anulación del laudo (art. 41.1.f)⁴⁰.

Son numerosas las normas de derecho societario imperativo, a veces de mínimos⁴¹, pero ello no debe confundirse, como señala GASPAS LERA⁴², con la disponibilidad o no de los derechos subjetivos reconocidos en las mismas, ya que “lo

37. SSTS de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000\3934), 5 de febrero de 2002 (RJ 2002\1600) y 4 de marzo de 2002 (RJ 2002\2421).

38. Por ejemplo, la STS de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994\7678), alegada por los recurrentes en el caso mencionado de la cooperativa de librerías, que anuló unos acuerdos adoptados en una Junta Universal de una sociedad a la cual no había asistido uno de los socios, mencionando la sentencia recurrida de la Audiencia que los acuerdos vulneraban así el «orden público corporativo», o la STS de 4 de noviembre de 2002.

39. CARAZO, *op. cit.*, pp. 82-84.

40. Un criterio distinto sostiene LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 368-9, que aboga por un concepto de orden público material o sustantivo que permitiera la revisión del fondo jurídico de la decisión de los árbitros, por inaplicabilidad del derecho material o por su mala aplicación.

41. Una de las cuestiones que motiva el recurso de amparo resuelto por la STC 9/2005 es la regulación legal de mínimos de la LSA del derecho de separación del accionista, ampliable por vía estatutaria.

42. GASPAS LERA, S., *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 154.

que en su caso se somete a decisión arbitral, no es la aplicación o no de una norma imperativa, sino el pronunciamiento sobre si en el caso concreto esa norma se ha dejado de aplicar o se ha aplicado mal, dando lugar a la vulneración de un derecho subjetivo disponible". La autora cita en su apoyo la STS de 21 de marzo de 1985 (RJ 1985\1193), pero la sentencia del Tribunal Supremo que marca el inicio de un nuevo criterio jurisprudencial, siguiendo la doctrina de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998\1118), sobre arbitralidad de los acuerdos sociales es la de 18 de abril de 1998 (RJ 1998\2984). El cambio de orientación del Tribunal Supremo se hace sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no pueden los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo, y se apoya en los siguientes argumentos: «la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema ni el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el art. 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público como excluyente del arbitraje»⁴³.

Una última cuestión se refiere a la interpretación del orden público como «los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas», y «expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera»⁴⁴. Aplicado al ámbito cooperativo, cabe recordar que la Disposición Adicional Décima de la Ley 27\1999, de 16 de julio, de Cooperativas, permite acceder al arbitraje de equidad cuando la disputa «afectase principalmente a los principios cooperativos», es decir, a los principios generales del derecho cooperativo. Como ya hemos visto, la opción por el arbitraje de derecho o de equidad no se ha regido, en la mayoría de los casos, en la legislación autonómica cooperativa por esta regla, y la nueva Ley de Arbitraje no establece distinciones en los motivos de anulación del laudo, entre una y otra clase de arbitraje, aplicándolos a las dos, lo que incluye la contravención por el laudo del orden público. En definitiva, como indica TRUJILLO⁴⁵, ambos arbitrajes, tal como vienen regulados en la Ley estatal, son derecho, ya que los principios cooperativos también son normas jurídicas. No cabe determinar, por tanto, un "orden público cooperativo", pero sin duda sería necesario que se tuviese más frecuentemente en cuenta su valor interpretativo de la Ley, en los conflictos y controversias que se resuelven tanto judicial como extrajudicialmente.

43. Doctrina que reitera la STS de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9855), citada por STC 9/2005 (RTC 2005\9).

44. STS de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002\1600).

45. TRUJILLO, "El arbitraje cooperativo...", *op. cit.*, pp. 36-7.