

## **EXPEDIENTE ARBITRAL 13/2011**

### **Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas- BITARTU**

#### **LAUDO**

En Bilbao, a 17 de noviembre de dos mil once.

Vistas y examinadas por el árbitro Don XXXXXX, abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, casado y con domicilio profesional en XXXXXX, las cuestiones controvertidas sometidas al mismo por las partes: **De una, como demandante, D<sup>a</sup> . XXXXXX**, mayor de edad, con Documento Nacional de Identidad número XXXXXX y con domicilio a efectos del presente expediente en XXXXXX, c/ XXXXXX (C.P. XXXXXX); **y de otra, como demandada, XXXXXX.**, con domicilio a efectos del presente expediente arbitral en XXXXXX, c/ XXXXXX (C.P. XXXXXX) y Código de Identificación Fiscal F-XXXXXX representada por la Presidenta del Consejo Rector D<sup>a</sup> XXXXXX, y atendiendo a los siguientes antecedentes y motivos:

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El árbitro fue designado para el arbitraje de derecho, por acuerdo del Presidente de BITARTU, el pasado 12 de julio de 2.011, previa constatación de la existencia de sometimiento válido y suficiente de ambas partes al arbitraje del mismo, mediante convenio arbitral plasmado en el artículo 44 de los Estatutos Sociales de la Cooperativa. Dicho acuerdo fue notificado al árbitro y aceptado por éste en plazo el día 22 del mismo mes y año.

**SEGUNDO.-** El árbitro, a su vez, notificó a las partes su designación por BITARTU, su aceptación del arbitraje, la apertura del período para formular los escritos de demanda y contestación y el lugar de desarrollo de las cuestiones arbitrales. Tal

notificación se efectuó a BITARTU con fecha 22 de julio de 2011, a la parte demandante el día 12 de septiembre de 2011 y a la parte demandada con fecha 28 de septiembre de 2011.

**TERCERO.-** Ninguna de las partes recusó al árbitro dentro de los diez días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de la aceptación por éste de su designación.

**CUARTO.-** La Cooperativa demandada acreditó adecuadamente su representación.

La parte demandante presentó dentro de plazo escrito de demanda y propuso la prueba que a sus intereses convino.

La parte demandada presentó también dentro de plazo su escrito de contestación y proposición de pruebas.

**QUINTO.-** La parte demandante, en su escrito de demanda, formuló las alegaciones que constan en tal documento, a los cuales me remito, y que pueden resumirse en:

- *“ Que el 25 de septiembre de 2008 resulté adjudicataria, tras sorteo celebrado ante el Notario de Bilbao D. XXXXXX, de una Vivienda de Protección Oficial promovida por XXXXXX.”*

*“Que dicho sorteo se llevó a cabo diferenciando entre personas apuntadas en pareja y personas apuntadas individualmente debido a la existencia de viviendas de uno y dos dormitorios” (Anverso del folio 26 del expediente arbitral).*

- *“Que el 11 de Mayo de 2011 el Consejo Rector convoca Asamblea General Extraordinaria, con el objetivo de aprobar una propuesta de sorteo para la readjudicación de las viviendas (que ya se habían sorteado con anterioridad) de un nuevo anteproyecto debido a las modificaciones sufridas en el proyecto inicial por causas ajenas a la cooperativa.”*

*“En el proyecto inicial existían viviendas de uno y dos dormitorios por lo que la cooperativa decidió realizar dos sorteos diferenciados entre los solicitantes individuales y los apuntados en pareja. En el proyecto actual únicamente existen viviendas de dos dormitorios.”*

*“La comisión de los socios que inicialmente tenían dos dormitorios propuso; elegir ellos en primer lugar en cualquier altura, y posteriormente los que antiguamente optaron a un dormitorio. Esta propuesta se denominó “Propuesta A” ...”*

*“A mi entender, la “Propuesta A” es injusta y no debería haber sido aceptada por el Consejo Rector ya que claramente discrimina a unos socios frente a otros y no garantiza ni tan siquiera la altura de las viviendas para los socios que inicialmente optamos a un dormitorio, ...” (Reverso del folio 26).*

- Que *“Por lo que en vista de que actualmente todas las viviendas son de dos dormitorios no entendemos porque debe haber distinciones entre unos socios y otros...”*.

Que *“Durante la asamblea y exposición de las propuestas se cometieron a mi entender una serie de irregularidades,..... y así hice constar en numerosas ocasiones, al igual que otros socios, pero ninguna de estas intervenciones o alegaciones constan en el acta, que no se redactó hasta tres meses después de la misma.....”*

*“La asamblea no estaba presidida ni por el presidente ni por el vicepresidente.”*

*“...no se respetaron los turnos ni se permitió explicarse a los socios y/o hacer aportaciones e intervenciones, como cabría esperar. En dos ocasiones tuve que acercarme a la mesa presidencial para hacerme oír y manifestar mi rechazo ante el desarrollo de los acontecimientos”.*

*“Además las propuestas fueron explicadas vagamente...” (Anverso del folio 27 del expediente)*

- Que *“La votación fue un auténtico caos. No fue secreta”.*

*“Solicite estar presente en el recuento de votos ya que la gestora no dio esa opción.”*

*“Dos de los votos que se aceptaron no presentaron el modelo de delegación de voto que se había enviado por correo y cuyo requisito para asistir era imprescindible...”.*

*“El resultado de la votación fue; 64 votos a favor de la “Propuesta A” frente a 62 votos a favor de la “Propuesta B””.*

*“Desde que se produjo el sorteo el 25 de septiembre de 2008 han pasado ya casi tres años y no solo no tenemos vivienda sino que aún no se ha iniciado la construcción de las mismas, e incluso aún está pendiente de finalizarla descontaminación de los terrenos.”*

*“Durante todo este tiempo se han producido más de 40 bajas con sus respectivas altas”.*

*“Pero no sólo eso si no que la situación económica y sentimental de muchos de los socios ha cambiado”. (Reverso del folio 27)*

Por su parte, la demandada, en su escrito de contestación formuló las alegaciones que constan en tal documento, al cual me remito, y que pueden resumirse en:

- Que *“En fase de tramitación la Diputación Foral de Bizkaia , solicita Estudio de Detalle de la parcela R1p (XXXXXX), y establece que el Proyecto de Edificación debe mantener una distancia de la Autovía A-8 de 50 m y de 25 m a su ramal de acceso, por lo que esta tramitación obliga a modificar el Anteproyecto de Edificación y por tanto a replantear el mismo.*

*Por todo lo expuesto , se llegó a la conclusión de la imposibilidad de respetar las alturas y orientaciones, dado que el Anteproyecto Inicial contemplaba la edificación de dos edificios en la misma parcela, y en el nuevo Proyecto es un solo edificio, aprovechando el máximo de edificabilidad, en el Estudio de Detalle”. (Folios 52 y 53 del expediente arbitral).*

-Que *“La Asamblea fue convocada en plazo y forma, y fue conforme al art. 34.6 de la Ley 4/1993, presidida por el Presidente y Secretario del Consejo Rector de la Sociedad, quienes tras el control de acceso declararon válidamente constituida la Asamblea en segunda convocatoria, con a asistencia de 117 socios presentes y 11 representados de los 171 socios que componían la Cooperativa en ese momento.*

*Que tras quedar constituida debidamente la Asamblea, el Presidente cedió la palabra a la empresa Gestora contratada por la Cooperativa para ser asesorada, tomando la palabra D. ....” (Folio 54 del expediente).*

*-“Que el estado de la sala y la organización era adecuado, y se cedió la palabra a todos los socios que solicitaron intervenir, e incluso realizar diferentes propuestas, y que a falta de equipo de sonido, la acústica de la Sala permitía celebrar la Asamblea con Normalidad.*

*Que el Consejo Rector decidió que la votación se realizará de forma secreta, peses a que la petición procedía de un grupo de socios que no reunía el 10% establecido en el artículo 34.8 de la Ley 4/1993.*

*Que dado que en los estatutos no se establecen para este supuesto la necesidad de una mayoría reforzada, los acuerdos fueron adoptados por mayoría simple conforme a lo establecido en el artículo 36.1 de la Ley 4/1993.*

*Que ningún socio solicitó que se hiciera constar en el acta su voto en contra ni ninguna otra advertencia.*

*Que debido a la disconformidad que este resultado generó entre algunos Socios, el Consejo Rector en reunión de 06/06/2011, aprobó incluir el punto 2º MODIFICACIÓN, SI PROCEDE DE LAS BASES DEL SORTEO PARA LA READJUDICACIÓN DE VIVIENDAS DEL ANTEPROYECTO ACTUAL. Que se trató en la Asamblea general ordinaria de fecha 30/06/2011 y después de distintas intervenciones de los Socios, a favor y en contra del acuerdo para las bases realizar, se desestima presentar modificación del mismo”. (Folio 55 del expediente arbitral)*

*-“Que no cabe realizar distinciones a la forma en que los socios se apuntaron a la Cooperativa, por sí solos, o en pareja, dado que su inscripción se realizaba según sus circunstancias de las unidades convivenciales, tal y como determina el artículo 40, apartado 5 de la Orden de 16 de abril de 2008, y que acreditaban en los expedientes de Etxebide que presentaban.*

*Que tanto la Cooperativa como la Gestora, muestran total y absoluta seriedad en todas las gestiones que se realizan”. (Folio 56 del expediente)*

**SEXTO.-** La parte demandada sólo propuso la prueba documental aportada en su escrito de contestación y fue admitida en su totalidad.

Respecto de los medios de prueba propuestos por la parte demandante en su escrito de demanda, se admitieron todos, con la excepción del interrogatorio de la propia demandante tal y como se fundamentará en los MOTIVOS, esto es:

-La Documental consistente en los documentos aportados con el escrito de la demanda.

- La testifical de las tres personas físicas propuestas.

- Y el interrogatorio de la parte demandada.

Con fecha 26 de octubre de 2011 se practicó la prueba consistente en el interrogatorio de la parte demandada y en la declaración testifical de D<sup>a</sup> XXXXXX.

Renunciando la parte demandante a los otros dos testigos que no acudieron.

**SÉPTIMO.-** Acto seguido de finalizar el interrogatorio de la parte demandada y la testifical, el árbitro entregó a las partes copia del CD en el que se grabó la citada prueba practicada, emplazándoles en ese mismo acto para que formularsen conclusiones.

Ambas partes presentaron los escritos de conclusiones, a los que me remito, dentro del plazo, reiterándose en las alegaciones y fundamentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

**OCTAVO.-** Forman parte del presente procedimiento arbitral 152 documentos o folios que están incorporados al expediente, además de los derivados del presente laudo y su notificación.

**NOVENO.-** Se han cumplido las formalidades exigidas por el Reglamento de BITARTU y especialmente los principios de audiencia, contradicción e igualdad procesal entre las partes.

## **MOTIVOS:**

### **PRIMERO.- EN EL ASPECTO FORMAL O PROCEDIMENTAL SE VA A ARGUMENTAR LA DENEGACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL CONSISTENTE EN EL INTERROGATORIO DE LA DEMANDANTE, SOLICITADA POR LA PROPIA DEMANDANTE.**

Este árbitro resolvió denegar el citado interrogatorio que respecto de ella misma solicitó la demandante en su escrito de demanda por ser técnicamente improcedente ya que, aunque ni el Reglamento de BITARTU ni la Ley de Arbitraje determinan cuáles son los medios de prueba con los que cuentan las partes, son los que legalmente se establecen para los procedimientos civiles en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el apartado 1 del artículo 301 de dicha Ley establece que “1. *Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás... Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre...*”

En definitiva, el interrogatorio consiste en un medio de prueba que se solicita y tiene lugar entre una parte y la contraria a la cual se le sujeta a las preguntas que se le formulan.

No es posible, por tanto, que la propia parte solicite el interrogatorio de ella misma. Para ello siempre puede manifestar su versión acerca de los hechos en los correspondientes escritos de demanda o de contestación, incluso en el de conclusiones, y ello al margen de la facultad que tiene la parte de ser también interrogada por su representante cuando la prueba es pedida por la otra (artículo 306 de la LEC).

### **SEGUNDO.- ASPECTO MATERIAL O SUSTANTIVO OBJETO DEL EXPEDIENTE ARBITRAL.**

En los Motivos siguientes se precisarán y se fundamentarán las diferentes pretensiones que componen el Suplico de la demanda, pero previamente se deben precisar por este árbitro dos cuestiones:

#### **1.- Que el presente arbitraje es de derecho y no de equidad**

De acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 44 de los Estatutos Sociales de XXXXXX, SOCIEDAD COOPERATIVA el presente arbitraje se debe resolver conforme a derecho y, consecuentemente con lo anterior, así se establece en la Resolución del Presidente de Bitartu de fecha 12 de julio de 2011 en la que se acepta la solicitud de arbitraje de la demandante y se designa al árbitro.

La diferencia fundamental entre el arbitraje de derecho y el de equidad es la preexistencia, o no, de una norma positiva que debe ser aplicada al arbitraje.

En el arbitraje de derecho, el árbitro, al igual que lo debe hacer un juez, se encuentra vinculado a la obligación de aplicar al caso concreto las normas del ordenamiento jurídico.

Por el contrario, en el arbitraje de equidad el árbitro enjuicia sin sujeción a la regulación positiva existente, aunque es indudable que este arbitraje implica un enjuiciamiento intelectual o valoración similar al arbitraje de derecho.

En definitiva, en el arbitraje de equidad, el árbitro actúa según su saber y entender y su actividad no tiene los límites que marcan las normas sustantivas de derecho positivo y el único límite que debe respetar son las reglas básicas del orden público. Por lo tanto, el árbitro de equidad tiene como objetivo el logro de una decisión justa para el caso concreto del arbitraje basándose en un juicio personal y subjetivo.

Pero el presente arbitraje, como se ha dicho, es de derecho y por lo tanto este árbitro para resolver en este laudo debe ceñirse a las normas del ordenamiento jurídico aplicables, aunque lo que resuelva puede diferir con lo que consideraría justo o más razonable aplicando sus criterios personales y subjetivos.

Todo lo anterior se ha querido explicar a pesar de no ser necesario, porque muchas de las pretensiones de la demandante, tanto por el fondo y sus argumentos como por la forma en la que se plantean, parecen orientarse más a solicitar unas resoluciones basadas en unos criterios de justicia basados más en la equidad que en el derecho.



Pero al mismo tiempo que el deber de resolver en derecho va a condicionar negativamente la mayoría de las pretensiones de la demandante, también va a determinar que se tenga que admitir una de gran trascendencia contra la demandada que podría haber sido de otra manera atendiendo a los usos y costumbres en la forma de actuar de la cooperativa y sus socios.

## **2.- Concreción de las cuestiones que quedan sometidas a este arbitraje.**

Probablemente, y dicho sea con todos los respetos, como consecuencia de la no formación jurídica de la demandante y de que su escrito de demanda no está dirigido por un abogado (aunque para no serlo el escrito está muy bien estructurado y desarrollado como demanda), la demandante lista una serie de pretensiones de una manera algo imprecisa, mezcladas con argumentos reiterados en varios sitios y siendo algunas extrañas para un Suplico de una demanda, lo que ha obligado a este árbitro a concretarlas para motivarlas, separando incluso peticiones diferentes que se hacen en un mismo apartado o número correlativo.

## **TERCERO.- RESPECTO DE QUE SE EMPIECEN A CUMPLIR LOS PLAZOS Y QUE INTENTE AGILIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS.**

La petición se debe entender dirigida de una manera englobada tanto respecto de la Cooperativa (demandada en sentido estricto) como de la Gestora.

A juicio de este árbitro, tanto en el escrito de demanda, con la prueba aportada, como en el de conclusiones, la demandada ya ha explicado y justificado los motivos de los retrasos en la construcción, que deben entenderse ajenos a su voluntad y diligencia, y la demandante nada ha probado en contrario.

Por lo anterior, y aunque lo que se pide es algo genérico que puede valer para cualquiera y en todo caso (cumplir plazos y agilizar gestiones), este árbitro no va a admitir la solicitud porque si declara lo que se le solicita podría parecer que la cooperativa-gestora ha actuado incorrectamente.

**CUARTO.- RESPECTO DE:**

**-QUE SE INTENTE RESPETAR AL MÁXIMO LOS DERECHOS DE TODOS LOS COOPERATIVISTAS Y SE REALICE UNA READJUDICACIÓN DE VIVIENDAS SEGÚN LO PROMETIDO POR LA COOPERATIVA INTENTANDO RESPETAR EL MAYOR NÚMERO DE CARACTERÍSTICAS EN BASE A LAS VIVIENDAS ADJUDICATARIAS EN PRIMER LUGAR.**

**-QUE SE RECHACE LA “PROPUESTA A” POR NO RESPETAR NINGUNO DE LOS DERECHOS GENERADOS EN EL SORTEO INICIAL Y SE PROPONGAN OPCIONES QUE RESPETEN LOS DERECHOS Y NECESIDADES DE TODOS LOS SOCIOS Y NO SÓLO DE UNOS POCOS.**

**-QUE NO SE REALICEN DISTINCIONES POR EL HECHO DE ESTAR APUNTADO EN PAREJA O INDIVIDUALMENTE.**

Se han incluido las tres peticiones en el mismo Motivo porque viene a suponer lo mismo y la resolución tiene la misma motivación .

Ha quedado acreditado por la demandada, y la demandante no lo pone en duda, que por exigencias normativas fue necesario cambiar el Proyecto de Edificación inicial y replantear el mismo, siendo imposible respetar las alturas y orientaciones inicialmente previstas dado que se debió pasar de dos edificios a uno sólo.

A partir de ahí, ni este árbitro, ni ningún otro juzgador, es quien para determinar si una decisión de un órgano societario (la Asamblea General de socios en el caso que nos ocupa) es justa o injusta, adecuada o no, razonable o no, siempre que se adopte conforme a los requisitos legales exigibles y respetando las normas imperativas vigentes y aplicables.

Este árbitro puede no compartir por qué, si es el nuevo proyecto todas las viviendas son de dos habitaciones, se adoptan unos criterios de sorteo que dan privilegios a unos socios sobre otros para elegir mejores alturas u orientaciones. El ser pareja o individual el apuntado puede ser razón, legal en las V.P.O. y moral en todo

caso, para tener preferencia a la hora de elegir viviendas de más o menos habitaciones, pero no parece que sea para elegir la altura u orientación.

Pero como se ha explicado en el Motivo Segundo, este arbitraje es de derecho y no de equidad y por eso si el órgano competente para ello adopta un acuerdo que no incumple la legislación nada se puede decir por este árbitro respecto del contenido del mismo.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 4/1993, de Cooperativas de Euskadi y el artículo 32 de los Estatutos Sociales de la Cooperativa, basta la mayoría simple para adoptar tal acuerdo por no recaer sobre los asuntos que exigen la mayoría cualificada en ambos textos.

La voluntad de la Cooperativa se forma por la decisión mayoritaria de sus socios, que, teniendo diversas opiniones, optan por una u otras en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, siendo en el caso que nos ocupa suficiente que la decisión se adopte por voluntad de una mayoría simple como ocurrió en el acuerdo con el que la demandante no está de acuerdo.

También hay que decir que salvo la última petición de que no se realicen distinciones por estar apuntado en pareja o individualmente, que sí es concreta, el resto de sus peticiones son totalmente genéricas y sujetas a criterios subjetivos que pueden ser diferentes para cada socio o persona.

Y por último , dejar constancia de que la razón esgrimida por la cooperativa demandada en sus conclusiones de que "... la elección de forma prioritaria tiene que iniciarse por la adjudicación de los Socios de 2 dormitorios, por estar inscritos así en Etxebide" y ello se basa en el artículo 5 de la Orden de 16 de abril de 2008 de la Consejería de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, no es compartida por este árbitro ya que, como se ha dicho anteriormente, la prioridad por ser una unidad convivencial mayor ( de 2 frente a 1) a que se refiere la norma citada debe entenderse para poder elegir una vivienda mayor, pero no para elegir una altura u orientación.

**QUINTO.- RESPECTO DE QUE DADO QUE EL PROYECTO HA CAMBIADO Y “NADA TIENE QUE VER” CON EL PRESENTADO INICIALMENTE, SE PERMITA A LOS SOCIOS DARSE DE BAJA VOLUNTARIA Y OBTENER DE FORMA INMEDIATA EL CAPITAL APORTADO Y LOS INTERESES GENERADOS SIN NECESIDAD DE ESPERAR A LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO SOCIO.**

Decir que el nuevo Proyecto “nada tiene que ver” con el inicial es exagerado puesto que hay elementos esenciales que son los mismos (lugar de la edificación, calidades,...)

Pero también es cierto que con el cambio del Proyecto hay un cambio de trascendencia para la demandada y otros socios, cual es que van a tener que adquirir una vivienda de dos habitaciones en lugar de una, que, aunque en principio y siendo de V.P.O. parece una ventaja, implicará un mayor precio de adquisición.

Además, con el cambio del Proyecto y los criterios a seguir en el sorteo establecidos en la “Propuesta A” también cambian otras circunstancias, que, aunque no tan esenciales, también pueden ser importantes para elegir una vivienda, como son la orientación y la altura.

Y todo ello puede ser razón para que se pueda solicitar la baja y que ésta se califique como justificada por asimilación con los supuestos establecidos en el apartado 6 del artículo 26 de la Ley de Cooperativas de Euskadi y el apartado Uno del artículo 11 de los Estatutos Sociales aunque no encaje el caso en los supuestos tasados legal y estatutariamente como baja voluntaria con justificación legal explícita.

Es decir, el apartado 6 del artículo 26 de la Ley de Cooperativas de Euskadi declara como baja justificada una serie de supuestos en los que se producen cambios fundamentales en la Cooperativa o gravámenes onerosos y no acordados anteriormente para los socios.

Su justificación es que, de la misma manera que existen límites a los socios en su libertad de darse de baja impuestos por los compromisos adquiridos en el acuerdo societario, no podrán modificarse los elementos básicos del mismo sin que los socios tengan derecho a separarse sin ser penalizados.

Y dada la peculiar clase de cooperativa en la que nos encontramos, el concreto objeto social de la misma y el motivo por el que se hacen socios las personas, específicamente adquirir su vivienda, el cambiar las condiciones de la misma puede ser un supuesto asimilable que justificaría el que a los socios que se den de baja por tal motivo no les sean de aplicación las deducciones establecidas en los apartados Dos y Cinco del artículo 12 de los Estatutos Sociales.

Establecido lo anterior, baja voluntaria justificada, otra cuestión es la pretensión de la demandante de que ello implique el “*obtener de forma inmediata el capital aportado y los intereses generados sin necesidad de esperara la incorporación de un nuevo socio*”

El apartado 6 del artículo 26 de la Ley de Cooperativas de Euskadi que alega la demandante nada dice en tal sentido. Lo que hace es, como se ha dicho en los párrafos anteriores, establecer supuestos que legalmente son baja voluntaria justificada, pero no establece el derecho (con la consiguiente obligación de la Cooperativa) de obtener de forma inmediata el capital aportado y los intereses generados.

Por el contrario, hay razones legales y de justicia equitativa que fundamentan el que no se les pueda reembolsar inmediatamente el capital e intereses:

-Legales: Tanto el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 115 de la Ley de Cooperativas de Euskadi como su equivalente en los Estatutos Sociales, el apartado Tres del artículo 12, establecen con carácter imperativo que las aportaciones deberán reembolsarse “*en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio.*”

-De justicia equitativa: Si bien los socios que soliciten la baja pueden tener fundamento para que sea justificada y no tener penalizaciones por el cambio de

condiciones acaecido, tampoco esa situación es culpa del resto de los socios que deciden quedarse en la Cooperativa y no puede hacerse recaer sobre ellos la carga de abonar inmediatamente el capital, lo cual, además, podría colocar a la Cooperativa en una situación de insolvencia y falta de viabilidad.

**SEXTO.- RESPECTO DE QUE SE ANULE EL SORTEO Y EL ACUERDO ADOPTADO, SE REPITA EL SORTEO Y SE INCLUYAN PROPUESTAS QUE NO PERJUDIQUEN NI DISCRIMINEN LOS DERECHOS DE UNOS SOCIOS SOBRE LOS OTROS.**

Precisemos.

El sorteo no se puede anular porque no se ha celebrado y tampoco se puede repetir lo que no se ha celebrado.

Respecto de que se incluyan propuestas que no perjudiquen o discriminen, me remito a lo expuesto en el Motivo Cuarto de que este árbitro no es quien para decir cuáles son las propuestas que se deben presentar o no y de que tal decisión se debe adoptar por el órgano social correspondiente mediante la formación de una voluntad mayoritaria de los socios.

Un árbitro puede determinar a posteriori si ese acuerdo fue adoptado con las formalidades exigidas y cumpliendo en el fondo las normas imperativas, pero no puede suplantar la voluntad de los socios.

Además es tal la imprecisión o generalidad de lo solicitado que no es posible pronunciarse sobre ello.

**Lo que sí es de trascendencia en este Motivo es la petición de que se anule el acuerdo adoptado por las supuestas irregularidades expuestas en las alegaciones.**

Debemos empezar por precisar y analizar cuáles son las supuestas irregularidades expuestas por la demandante, ya que formula una batería de cuestiones.

1.- Que ninguna de las intervenciones de la demandante en la Asamblea General constan en el acta de la misma.

La Cooperativa demandada manifiesta que ningún socio solicitó que se hiciera constar en el acta su voto en contra, ni ninguna advertencia; y frente a ello la demandante no solo no tienen ninguna prueba, sino que en las numerosas manifestaciones que realizó durante la prueba testifical reconoció que quizás no solicitó que constaran en el Acta sus intervenciones y voto en contra.

Con ello no se incumplió el artículo 37, apartado 1, subapartado e) de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi, que marca la obligación para cuando se haya solicitado constancia.

Además, si bien es cierto que para hacer constar en el acta la oposición no es precisa una fórmula sacramental que recoja la frase del texto legal, no se puede minusvalorar la exigencia y es precisa la oposición a un acuerdo, sin que baste el manifestarse en contra del mismo antes de la votación. Tras la adopción del acuerdo, hay que hacer constar la oposición. (Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia nº 86/2004 de 12 de febrero de la Audiencia Provincial de Asturias-Sección 7ª; STS de 18 de septiembre de 1998; STS de 14 de julio de 1997, STS de 22 de junio de 1988).

2.- Que el acta de la Asamblea no se redactó hasta tres meses después de celebrarse la misma.

El posible incumplimiento legal es por lo establecido en el artículo 37, apartado 2, de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi, que exige se haga en el plazo de quince días desde la celebración de la Asamblea si no se aprueba por la propia Asamblea.

La demandante no ha probado tal irregularidad y la Cooperativa demandada afirma que el Acta de la Asamblea se redactó y suscribió en el plazo legalmente establecido, confundiendo la demandante lo anterior con el momento en que ella solicitó copia de la misma y la recibió que fue en la primera semana de agosto.

3.- Que la Asamblea no estaba presidida ni por el Presidente ni por el Vicepresidente, los cuales no formaban parte de la Mesa, y no se procedió a la elección de un sustituto que dirigiese las deliberaciones.

Frente a ello la demandada manifiesta, y la Presidenta del Consejo Rector en la prueba de interrogatorio que se realizó con su persona lo ratificó sin lugar a dudas, que todos los miembros del Consejo Rector asistieron a la Asamblea y entre ellos la propia Presidenta que presidió la Asamblea conforme a lo indicado en el artículo 30.4 de los Estatutos Sociales, si bien por razones de espacio cedieron sus sitio en la mesa presidencial a los diferentes intervinientes a lo largo de la Asamblea.

Efectivamente, tanto el artículo citado de los Estatutos como el apartado 6 del artículo 34 de la Ley de Cooperativas de Euskadi establecen que la Presidenta del Consejo Rector presidirá la Asamblea , pero en ningún momento indican la forma física en la que deben hacerlo ni que deben estar necesariamente en una “mesa” en caso de haberla. Ni con una interpretación muy rigorista de la Ley se desprendería tal necesidad. Es competencia de la propia Presidenta ejercer las facultades como mejor considere.

4.- Que no se permitió explicarse a los socios y/o hacer aportaciones e intervenciones. Que el ruido y las quejas de los demás cooperativistas no dejaban escuchar ni expresarse claramente y que la Presidenta en ningún momento intervino ni trató de moderar el caos existente.

Si bien es cierto que, además de las manifestaciones de la demandante, también la testigo D<sup>a</sup> XXXXXX manifestó que hubo cierto caos en el desarrollo de la Asamblea, tampoco se ha acreditado en qué consistió tal caos o que fue de tal grado como para impedir el ejercicio de sus derechos a los socios.



Por el contrario la demandada manifiesta que se permitió intervenir a todos los socios que lo solicitaron para explicar o defender las alternativas y que la acústica de la sala permitía celebrar la Asamblea con normalidad.

Y la propia demandante reconoce, que, a pesar de los problemas, pudo acercarse a la mesa presidencial y hacerse oír y manifestar su rechazo.

Por último en este punto, decir que para acordar algo de la trascendencia como es anular un acuerdo, los defectos alegados deberían ser de una gravedad tal que hubiese impedido y no solo dificultado el ejercer los derechos de los socios y no se ha probado tal cosa ni que se violentó a los socios disidentes.

5.- Que la votación fue un auténtico caos y no fue secreta.

Respecto a lo del “caos”, remitirme a lo manifestado en el punto anterior. Y respecto de la que la votación no fue secreta decir:

-Que el apartado 8 del artículo 34 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi sólo lo exige para los supuestos previstos en la propia Ley y en los Estatutos; y para el supuesto que nos ocupa no está tal exigencia en los citados textos, por lo que se sigue el principio de que el procedimiento de votación es libre (a mano alzada, de viva voz...)

-Que tampoco lo solicitaron socios que representasen, al menos, el diez por ciento de los votos presentes y representados. Así lo dice la Cooperativa y la demandante tampoco lo sabe aunque manifestó que no se contó cuántos lo querían.

-Que a pesar de ello la demandada afirma que el Consejo Rectos aceptó que se realizara la votación de manera secreta.

Aunque por la prueba testifical y del propio escrito de conclusiones de la demandada se aprecia que la votación no fue secreta sino por escrito y no a mano alzada, ello no inculca ningún precepto legal.

-Y que la propia demandante reconoce que solicitó y se le admitió estar presente en el recuento de votos.

6.- Que dos de los votos que se aceptaron no presentaron el modelo de delegación de voto que se había enviado por correo y que, según la demandante, era imprescindible.

De la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi no resulta que sea imprescindible para hacerse representar el utilizar un modelo de delegación concreto e inflexible que pueda presentar la Cooperativa, que si lo hace debe entenderse más como una facilidad que como una exigencia imprescindible.

Sólo exige el texto legal para las Asambleas no universales que la representación se haga por escrito y con carácter especial para cada Asamblea.

Y a ello añade el apartado Tres del artículo 30 de los Estatutos de XXXXXX S. COOP. que “corresponderá a la Presidencia decidir sobre la autenticidad del escrito”.

Por último, la Cooperativa como tal, y su Presidenta en el interrogatorio manifestaron, sin que haya sido rebatido, que en el momento de la votación y previamente al recuento se informó a la Asamblea de que dos familiares no habían presentado las papeletas de representación y nadie se opuso a la validez de esos dos votos.

7.- Que muchas personas que acudieron a la Asamblea desconocían la existencia de las propuestas como tal y no se explicaron convenientemente.

No puede ser causa de nulidad de un acuerdo el cómo ejercen su derecho de información los socios, su responsabilidad, mientras no se haya impedido el ejercicio de tal derecho.

Y esto no sólo no se ha acreditado, sino que ha quedado probado que hubo comisiones de trabajo y muchas reuniones a las que los socios o bien pudieron acudir o

bien pudieron informarse de sus resultados a través de las personas que sí participaron en ellas.

Y el que en la Asamblea no se explicaron convenientemente es una apreciación subjetiva de la demandante, incluso de la testigo D<sup>a</sup> XXXXXX, pero nadie más se opuso o hizo constar su desacuerdo con la información dada o que no se le dio información.

**Expuesto todo lo anterior, y que de ninguna de las razones expuestas por la demandante se puede establecer la procedencia de su petición de nulidad, este árbitro se ve obligado a desarrollar una causa o razón que sí puede ser causa de nulidad de los acuerdos de la Asamblea General de socios celebrada el 11 de mayo de 2011 e impugnada por la demandante, ya que aunque no ha sido alegada por la demandante, ha resultado acreditada en el expediente y este árbitro no puede desconocerla dado que está obligado a aplicar la Ley para resolver este arbitraje.**

Efectivamente, siguiendo el aforismo jurídico “iure novit curia”, el Juez, o árbitro, conoce (o debe conocer) las normas del derecho positivo y aplicarlas aunque las partes intervinientes en el procedimiento no las aleguen o no las citen como fundamento de sus pretensiones.

El apartado 4 del artículo 34 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi establece que “*Salvo que los Estatutos exijan su asistencia personal, los socios podrán hacerse representar por otros socios...*”

Y el apartado 5 del mismo artículo establece que “*Si los Estatutos lo prevén, en las cooperativas.... de viviendas...., los socios podrán hacerse representar en la Asamblea General por su cónyuge u otro familiar con plena capacidad de obrar y hasta el grado de parentesco que admitan los Estatutos,...*”

De acuerdo con dicha configuración legal:

-La regla general es que cabe la asistencia por representación (salvo que los Estatutos lo prohíban y exijan la asistencia personal del socio), pero no es posible

delegar en cualquiera, sino tan sólo en otro socio, limitación acorde con el carácter personalista de la sociedad cooperativa.

-Y, como excepción a la regla general, la Ley contempla la llamada “representación familiar” previendo que, en ciertas cooperativas como las de viviendas, es habitual que el socio sea sustituido por un familiar a la hora de participar en las reuniones y que, si este familiar no es socio, no sería en principio un representante admisible.

Es decir, frente a la regla general de carácter imperativo o necesario, el número 5 del artículo 34 establece que en los casos en que lo prevean los Estatutos, como posibilidad excepcional, los socios podrán hacerse representar en la Asamblea General por su cónyuge u otro familiar que tenga plena capacidad de obrar y siempre que este familiar esté dentro del grado de parentesco que admitan los Estatutos.

#### Y ¿qué prevén los Estatutos Sociales de XXXXXX, S. COOP?

Lo único que regulan al respecto lo hacen en el apartado Tres del artículo 30 y establecen que “*Los socios podrán hacerse representar por otros socios...*”. Es decir, establecen de forma indubitada que sólo se pueden hacer representar por otros socios, acogiéndose con ello a la regla general de la Ley y no optando por la posibilidad que ésta le otorga para que se representen por familiares.

#### ¿Qué sucedió al respecto en la impugnada Asamblea General celebrada el 11 de mayo de 2011?

Que 2 personas, al menos, que no eran socios (y que ni siquiera llevaban el documento de delegación aunque esto es intrascendente para lo que ahora nos ocupa) asistieron a la reunión de la Asamblea General y votaron en ella.

La Presidenta del Consejo Rector fue clarísima al respecto en la prueba de interrogatorio ya que manifestó lo anterior e incluso añadió: que “XXXXXX” estaba en la entrada, detectó la situación y acreditaron que eran familiares de dos socios,

concretamente la hermana de uno y la madre de otro; y que “XXXXXXX” preguntó y la Asamblea General aceptó que votasen.

Y en su escrito de conclusiones, la Cooperativa se ratifica en el apartado 11 (folio 140 del expediente arbitral) en lo indicado anteriormente manifestando:

*“11. Que hubo dos familiares de dos socios (hermana y madre) que no aportaron el escrito de representación que la Cooperativa envía a los socios para facilitar el derecho de representación pero fueron debidamente identificados como familiares en base a sus documentos de identidad. En el momento de la votación, y previamente al recuento, se informó a la Asamblea de la no aportación por parte de dichas representantes de documento de representación alguno sin que nadie se opusiera a la validez de esos dos votos.”*

Por lo tanto, tales hechos son incuestionados.

Con ello queda acreditado el incumplimiento de la exigencia legal establecida en el citado apartado 4 del artículo 34 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi.

El derecho a votar que corresponde a los socios se ejercita en el seno de la Asamblea General, no en otro lugar o previa o posteriormente a celebrarse. Por lo tanto, sólo cabe de los socios que tengan tal derecho y que:

- Hayan asistido personalmente a la Asamblea.
- O se hayan hecho representar válidamente.

No pueden emitir votos, y si lo hacen no pueden computarse, quienes no sean socios con derecho de voto o sus válidos representantes. Si personas carentes de tal condición (la hermana y la madre en el caso que nos ocupa) intervienen en la formación de la voluntad social, esta intervención acarrea la nulidad del acuerdo (SAP de Bizkaia, Sección 4 de 26 de octubre de 1992).

Por lo tanto, no obstante la válida constitución y regular funcionamiento de la Asamblea, la nulidad de los acuerdos puede provenir de no haberse podido formar adecuadamente la voluntad colectiva.

Pero ¿siempre, sean cuantos sean los votos afectados?. No en todo caso, pero sí cuando esos votos que adolecen de algún vicio que los invalida sean decisivos para formar la mayoría.

Está doctrinal y jurisprudencialmente admitido lo que podríamos llamar una eficacia relativa de los votos nulos para invalidar acuerdos, es decir, que el derecho al voto es fundamental pero su eficacia es limitada en cuanto a anular acuerdos.

Por ello, en el caso de que se emitan votos por personas que no tienen derecho al mismo (como la hermana y la madre en el caso que nos ocupa), el criterio a seguir es:

-Si los votos inválidos han sido, o han podido ser, decisivos para formar la mayoría, el acuerdo sería nulo porque sería contrario al principio de mayoría.

-Si por el contrario, la mayoría se alcanza aun restando esos votos, los mismos no deberán computarse. En este caso el acuerdo no sería nulo ya que se ha adoptado respetando el principio mayoritario previsto por la Ley.

¿Y qué pasó en la Asamblea General del 11 de mayo de 2011?

Que el resultado de la votación fue de 64 votos a favor de una propuesta, 62 votos a favor de la otra y 2 abstenciones.

Es decir, hay dos votos inválidos y la mayoría se alcanzó también por dos votos. Consecuentemente, los dos votos inválidos pudieron ser decisivos.

No se sabe por qué propuesta optaron esos dos votos (incluso podría ser que por la minoritaria o uno por la mayoritaria y otro por la minoritaria), pero estando acreditada su invalidez y que pudieron decidir el resultado, hay que considerar el acuerdo nulo.

Y por si fuere el caso y se tienen dudas al respecto, si siguiesen estando guardadas las papeletas con las que se votó (lo cual ni ha sido alegado por las partes), carecería de fundamento, de toda validez y de seguridad el analizar tales papeletas para identificar los dos votos inválidos y saber qué votaron, ya que tras más de 6 meses en poder de una de las partes y sin autenticación de cómo se emitieron y cuáles fueron las que realmente se emitieron, tal análisis y recuento sería nulo.

### **Cuatro últimas consideraciones en este apartado:**

1.- El acuerdo cuestionado es de los calificados como “nulos” por el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi por ser contrario a la Ley; y no “anulable”.

Ello es de gran trascendencia en el asunto que nos ocupa puesto que de ser “anulable” se le hubiese pasado a la demandante el plazo de caducidad de 40 días desde la Asamblea para impugnarlo y, además, al no haber hecho constar en el acta su voto en contra del acuerdo no estaría legitimada para la impugnación.

Pero al ser “nulo” el plazo es de 1 año para ejercitar la acción de impugnación y pueden hacerlo todos los socios.

2.- El hecho de que en la Asamblea, en el momento de la votación y previamente al recuento, se informase a los socios del problema de la representación de las dos personas, “sin que nadie se opusiera a la validez de esos dos votos”, no tiene trascendencia porque tal consentimiento de los socios no puede convalidar o subsanar un acuerdo nulo por ser contrario a la ley.

3.- El hecho de que se volviese a “tratar” el asunto en la Asamblea General celebrada el 30 de junio de 2011 tampoco convalida el acuerdo del 31 de mayo de 2011 porque no se puede modificar, o no modificar, un acuerdo nulo y por lo tanto que se debe considerar inexistente; y porque según el Acta ni siquiera se votó el asunto sino que simplemente se desestimó la modificación sin decir ni hacer constar cómo, si hubo votación y su resultado.

4.- Y que la causa que motiva la nulidad del acuerdo no pone en duda la buena voluntad ni de los miembros del Consejo Rector, ni de la Gestora, ni de los socios que votaron a favor de la propuesta que obtuvo 2 votos más, porque es indudable que dejaron participar y votar a la hermana y a la madre para facilitar la participación de los socios y porque probablemente (aunque incorrectamente) al ser una cooperativa de viviendas y por ello destinada a satisfacer necesidades familiares, sea práctica más o menos habitual el dejar intervenir a familiares aunque no esté previsto en los Estatutos. Además, probablemente tampoco sabían el sentido del voto de las dos personas

**SÉPTIMO.- RESPECTO DE QUE SE VERIFIQUEN LAS CONDICIONES SENTIMENTALES DE LOS SOCIOS.**

Las razones alegadas para ello por la demandante son el que si se van a continuar diferenciando entre socios apuntados individualmente y en pareja y habiendo transcurrido más de tres años desde que se estableció tal identificación y consideración, es necesario realizar este estudio de la situación sentimental para garantizar la igualdad y evitar discriminaciones.

Aquí vuelve la demandante a solicitar una declaración que puede tener gran trascendencia, en base a criterios de equidad en los que este árbitro no puede basarse para resolver en el presente laudo y no alegar ni fundamentar ninguna razón legal o incumplimiento normativo que la apoye.

Por el contrario la Cooperativa alega que no cabe lo solicitado porque no depende de ella y las circunstancias que se deben tener en cuenta son las que se acreditan en los expedientes de ETXEBIDE que presentaron los socios al ser una promoción de Viviendas de Protección Oficial, en donde se establecen las circunstancias de las unidades convivenciales, tal y como determina el artículo 40, apartado 5 de la Orden de 16 de abril de 2008.

Puede que sea razonable, o por el contrario un exceso ilógico con perjudiciales consecuencias para el desarrollo y viabilidad de la Cooperativa, el volver a tramitar



todo lo anterior, pero si no es una obligación legal sino que depende de la voluntad de la Cooperativa, este árbitro no puede decidir contra el ejercicio de tal autonomía de su voluntad expresada por decisiones mayoritarias de sus órganos sociales.

**OCTAVO.- RESPECTO DE QUE EN ADELANTE LA COOPERATIVA, JUNTO CON LA GESTORA, MUESTRE UNA MAYOR SERIEDAD, COMPROMISO Y RAPIDEZ A LA HORA DE ATENDER E INFORMAR A LOS SOCIOS Y/U ORGANIZAR ASAMBLEAS.**

Al igual que otras declaraciones de carácter genérico impreciso y de valoración subjetiva que solicita la demandante, ésta no puede ser admitida por este árbitro, sin perjuicio de que a todas las personas y para todas sus actuaciones o gestiones se les pueda exigir o recomendar actuar con “mayor seriedad, compromiso y rapidez”, ya que el hacerlo se entendería como que hasta ahora no han actuado de esa manera y la demandante no ha acreditado que no lo hayan hecho así, ni se ha referido a actuaciones concretas.

**NOVENO.- RESPECTO DE LOS GASTOS DEL ARBITRAJE.**

Respecto de los gastos ocasionados en el expediente, debe dejarse constancia de: Que de acuerdo con el artículo 51. Uno del Reglamento de BITARTU el arbitraje es gratuito en lo que se refiere a los honorarios de los árbitros; que no es necesaria la intervención de letrados u otras personas que no sean los interesados, puesto que, de acuerdo con el artículo 18.Uno del Reglamento de BITARTU *“las partes podrán defenderse o actuar ante los árbitros por sí mismas”*; que ninguna parte ha solicitado nada al respecto; y que, a pesar de ello, de acuerdo con el artículo 51.Dos del reiterado Reglamento, *“...el laudo se podrá pronunciar sobre los honorarios de los representantes de las partes si los hubiere.”*

Asimismo, como criterio para el reparto de los gastos, el artículo 52.Uno del Reglamento de BITRARTU establece que *“Cada parte deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales, a no ser que los*

*árbitros apreciaran mala fe o temeridad en alguna de ellas. En este último caso, el reparto de los gastos se determinará, a criterio de los árbitros, en el Laudo.”.*

Del desarrollo del presente expediente arbitral y de los hechos probados en el mismo, este árbitro no aprecia mala fe o temeridad en ninguna de las dos partes en grado suficiente como para justificar la imposición de los honorarios o gastos de sus representantes a ninguna de ellas.

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

## **RESOLUCIÓN**

A) **Se estima la pretensión de la demandante de declarar nulo el acuerdo adoptado en el punto 2 del Orden del Día de la Asamblea General Extraordinaria de XXXXXX, S. COOP. celebrada el día 11 de mayo de 2011,** aunque no por las razones alegadas por ella, sino por ser nulo de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 de la Ley 4/1993 de Cooperativas de Euskadi, en relación con el apartado 4 del artículo 34 de dicha Ley y el apartado Tres del artículo 30 de los Estatutos Sociales de dicha cooperativa.

B) Aunque de acuerdo con lo anterior ya no tiene trascendencia el pronunciamiento, por si pudiera tenerlo para un futuro, **se estima parcialmente la pretensión de la demandante de que al haberse cambiado el Proyecto de Construcción y haber sólo viviendas de dos habitaciones, si además no quedan en igualdad de derechos en el sorteo entre todos los socios, los adjudicatarios inicialmente de viviendas de una habitación podrán solicitar la baja y que sea calificada como justificada,** siempre que el que ejerza tal derecho no asista a la Asamblea General en la que se adopte el acuerdo para fijar las condiciones del sorteo o, asistiendo, exprese su disconformidad con el mismo.

**Pero no tendrán derecho a obtener de forma inmediata el capital aportado y los intereses generados** y para ello deberán esperar a la incorporación de otro socio que les sustituya en sus derechos.

**C) Se desestiman todo el resto de pretensiones de la demandante.**

**D) En cuanto a los gastos del arbitraje,** se deja constancia de que no hay gastos salvo los que deriven de la notificación del presente Laudo, que, en su caso, se pagarán por mitades. **Y respecto de los honorarios y gastos de sus representantes,** cada parte abonará los suyos.

Así, por este Laudo, definitiva e irrevocablemente arbitrando, lo pronuncio, mando y firmo, extendiéndolo sobre 14 folios de papel timbrado de la Diputación Foral de Bizkaia, mecanografiados por ambas caras, números N XXXXXX A al N XXXXXX A

Fdo.: XXXXXX (Colegiado nº XXXXXX)