

¿Es posible el arbitraje hipotecario?*

It's possible the mortgage arbitration?

por

SEBASTIÁN DEL REY BARBA

Registrador de la propiedad de Olot.

Profesor asociado de Derecho Hipotecario y Derecho Mercantil de la Universidad Internacional de Cataluña.

Vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona.

RESUMEN: Como consecuencia de la burbuja inmobiliaria, en nuestro país el número de hipotecas había aumentado exponencialmente. Posteriormente, la crisis económica tuvo como consecuencia la apertura de miles de procedimientos judiciales en materia hipotecaria, lo cual se vio agravado por la existencia de prácticas y cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios. En el presente artículo se plantea la posibilidad de resolver muchas de las controversias que se generan en la vida de los préstamos hipotecarios acudiendo a la institución del arbitraje. Se plantea a qué tipo de préstamos sería aplicable el arbitraje hipotecario, qué controversias podrían resolverse, así como las características y las ventajas del mismo frente a la tradicional solución judicial de este tipo de conflictos.

ABSTRACT: *As a result of the real state bubble in our country the number of mortgages had increased exponentially. Subsequently, the economic crisis resulted in the opening of thousands of legal proceedings in mortgage mat-*

* Este trabajo tiene su origen en la intervención sobre «Arbitraje y mediación en préstamos hipotecarios» que hice en la mesa redonda «Métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Arbitraje y mediación», en la presentación de la Asociación Balear de Arbitraje y Mediación (ABAM) que tuvo lugar en el Club Diario de Ibiza el 17 de junio de 2016.

ter, which was compounded by the existence of practices and unfair terms on hiring mortgage loans. In this article the possibility of solving many of the controversies generated in the span of mortgage loans going to the institution of arbitration arises. The kind of mortgage loans which would apply arbitration are suggested, which disputes could be resolved including the characteristics and its advantages over traditional judicial settlement of such conflicts.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Convenio arbitral. Mediación. ADRs. Préstamo hipotecario. Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: *Arbitration. Arbitration agreement. Mediation. ADRs. Mortgage loan. Foreclosure. Unfair terms.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿PUEDEN LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOMETERSE A MEDIACIÓN Y ARBITRAJE?—III. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE.—IV. ¿QUÉ CONTROVERSIAS EN LA VIDA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE?: 1. ¿ES SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA? 2. CUESTIONES QUE PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE DURANTE LA VIGENCIA DE LA HIPOTECA.—V. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO.—VI. VENTAJAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO.—VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE HIPOTECARIO DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la amplitud de la materia de los medios alternativos de resolución de conflictos, o ADRs¹, vamos a referirnos a un supuesto concreto: la posibilidad de someter a arbitraje las controversias surgidas de los préstamos hipotecarios, lo que se podría denominar como arbitraje hipotecario.

Entenderemos préstamo hipotecario en un concepto amplio que engloba tanto préstamo como crédito hipotecario. Aquellos contratos civiles o mercantiles en los que una de las partes (acreedor) entrega a otra (o pone a su disposición) una suma de dinero con la obligación de la otra parte (prestatario) de devolverla junto con el precio (intereses remuneratorios), y en los que, como garantía de ese cumplimiento se constituye hipoteca sobre un inmueble, de manera que, en el caso de incumplimiento se proceda a la realización forzosa del bien en una

venta en pública subasta para que con el importe obtenido se pueda satisfacer el crédito del acreedor hipotecario.

Hoy en día se antoja esencial que en los contratos de préstamo hipotecario, y para solucionar las controversias que sobre los mismos puedan plantearse, se pueda acudir a estas alternativas a los procedimientos judiciales. Durante la época de la llamada burbuja inmobiliaria y la burbuja crediticia² —que también la hubo—, se concertaron cientos de miles de préstamos hipotecarios, que como luego sabemos durante la crisis económica dio lugar miles de situaciones de sobreendeudamiento hipotecario, muchos de los cuales han acabado en procedimientos de ejecución con dramáticas consecuencias sociales y personales. Esto, junto a la existencia de cláusulas y prácticas abusivas en dichos préstamos, que han sido también impugnadas ante los tribunales, dio como consecuencia un aumento exponencial de reclamaciones judiciales (por ambas partes) en los préstamos hipotecarios, causando muchos retrasos y dilaciones en estos procedimientos lo cual supone a la vez unos importantes costes económicos.

Ante las situaciones de impago causadas por dicho sobreendeudamiento se iniciaron miles de procedimientos de ejecución hipotecaria que prácticamente bloquearon los juzgados y tribunales. Paralelamente, la interpretación de algunas de las cláusulas que se insertaban en los contratos, la existencia de cláusulas suelo y techo en los préstamos hipotecarios y la existencia de operaciones vinculadas a los mismos como los *swaps* o permutas de riesgo por tipo de interés, propiciaron que por parte de los deudores hipotecarios también se iniciaran multitud de procedimientos para discutir y anular esas prácticas y cláusulas en muchos casos abusivas.

La aplicación de la mediación y el arbitraje en muchos de estos casos como medios de resolución extrajudicial de conflictos, habría conseguido disminuir el número de procedimientos ejecutivos, reducir considerablemente los plazos de resolución, no hubiera afectado tanto a la imagen de las entidades de crédito y habría evitado otra consecuencia no deseada para las entidades de crédito como es la acumulación de inmuebles como consecuencia de las adjudicaciones judiciales³.

II. ¿PUEDEN LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOMETERSE A MEDIACIÓN Y ARBITRAJE?

El artículo 2 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de junio de 2012, señala que dicha ley *«será de aplicación a las mediaciones civiles o mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes»*.

Por su parte la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 afirma que *«son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes»*.

Atendiendo a estos preceptos, es perfectamente posible que las controversias que surjan entre las partes derivadas de un contrato de préstamo hipotecario se resuelvan acudiendo a estos medios alternativos de resolución de conflictos, ya que en ningún caso se trata de derecho u obligaciones de las partes sobre las que no tengan poder de disposición.

Por lo tanto si se hubiese pactado la sumisión a arbitraje mediante la correspondiente cláusula, o bien una vez que surge el conflicto se acuerda someterlo a mediación o a arbitraje, es plausible la resolución extrajudicial.

Ahora bien, hemos de precisar a qué tipo de arbitraje y mediación pueden someterse las partes atendiendo al tipo de préstamo hipotecario que se contrata. El artículo 2 de la Ley de Mediación excluye la mediación en materia de consumo, por lo que desde que una de las partes es consumidor no se aplicará esta normativa sino la relativa a la mediación de consumo, competencia asumida fundamentalmente por las Comunidades Autónomas⁴ y también por los Ayuntamientos que han creado oficinas de mediación hipotecaria.

También existe esta limitación para el arbitraje. La Ley de Arbitraje (LA) en su Disposición Adicional Única, señala que cuando se trate de arbitraje de consumo habrá que estar a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), que regula el arbitraje de consumo en los artículos 57 y 58, estableciendo el sistema arbitral de consumo, que pivota alrededor de las Juntas Arbitrales de Consumo (nacional y territoriales). Estos órganos están integrados por representantes de los sectores empresariales afectados, de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

A su vez se regula a nivel estatal también por el RD 231/2008 que regula el sistema arbitral de consumo, y a nivel autonómico son muy diversas las normas que se han dictado sobre la materia como la Ley Balear de 23 de julio de 2014 de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares (arts. 49 y sigs. referidos al arbitraje de consumo), o el Código de Consumo de Cataluña aprobado por Ley 22/2010, que en sus artículos 131 y siguientes se refiere a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, haciendo especial referencia al arbitraje y mediación de préstamos hipotecarios como luego veremos.

Por lo tanto, si se trata de préstamos hipotecarios en los que intervenga un consumidor, la regulación de los posibles medios de resolución extrajudicial se traslada a un ámbito específico como es el de la mediación y el arbitraje de consumo, con unas reglas propias y con el sometimiento, en el caso de arbitraje, a órganos arbitrales específicos cuya composición y funcionamiento vienen regulados por la ley.

Pero además, cuando se trata de préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito, tendrán la consideración en la mayoría de los casos, de contratos con condiciones generales de la contratación. En estos contratos, una de las partes (la entidad de crédito) ha preredactado el contrato con cláusulas

que son impuestas a la otra parte (prestatario) que se limita a adherirse a las mismas sin que haya habido una negociación individual⁵. A ello se refiere expresamente la LA en su artículo 9.2 que señala 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*».

En estos contratos con condiciones generales si intervienen consumidores, de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), será aplicable la sanción de nulidad de aquellas cláusulas que sean abusivas de conformidad con el TRLGDCU, que, en el caso concreto que estamos estudiando, tiene una manifestación en el artículo 90 de dicho cuerpo legal al decir que se reputarán abusivas y por tanto nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan «*la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*».

Por ello en los préstamos hipotecarios concertados entre una entidad de crédito y un consumidor, la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje, siempre que no se haya negociado la misma individualmente, debe reputarse nula por abusiva y no se deberá incorporar a la escritura ni el registrador podrá hacerla constar en el Registro de la propiedad.

Nos centraremos en este trabajo en los supuestos en que es posible el arbitraje hipotecario, deslindando las cuestiones relativas a los préstamos hipotecarios en que se podría pactar ese arbitraje, las controversias susceptibles de resolución por esta vía, las características de este tipo de arbitraje y las ventajas del mismo.

III. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE

El arbitraje hipotecario, teniendo en cuenta el posible carácter abusivo del pacto de sometimiento a arbitraje o la fuerza atractiva del arbitraje de consumo cuando intervenga un consumidor, puede parecer muy limitado en su aplicación práctica. Sin embargo, sí que existen diversos escenarios en que es posible y conveniente la resolución de controversias derivadas de los contratos de préstamo hipotecario mediante el arbitraje, evitando tener que acudir a la justicia ordinaria.

A continuación vamos a señalar supuestos concretos de préstamos en los que se podría pactar el sometimiento a arbitraje sin que pretenda ser una enumeración exhaustiva:

- a) Préstamos hipotecarios con empresarios en los que el destino del préstamo no sea el consumo⁶, sino la actividad empresarial⁷.

- b) Préstamos entre particulares que no estén sometidos a la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito⁸. Serían aquellos préstamos hipotecarios que se realizan sin la intervención de entidades de crédito ni personas o entidades que, sin reunir aquella cualidad, se dediquen de manera profesional a la concesión de préstamos o créditos⁹. Por ejemplo, el préstamo que dos empresarios acuerdan dentro de sus relaciones comerciales y a los que se añade una garantía hipotecaria. En este caso sería perfectamente posible pactar el sometimiento de las controversias que surgieran a arbitraje.
- c) Aquellos préstamos concedidos en situaciones de especial necesidad de financiación del prestatario y en que se negocien por las partes las cláusulas concretas, entre las que podría encontrarse la de sumisión a arbitraje. Piénsese, por ejemplo, en los llamados créditos participativos en que la entidad de crédito pacta una participación en los beneficios dependiendo de la evolución económica de la empresa, o los créditos o préstamos sindicados, en los que ante el elevado importe del préstamo o crédito son varias entidades de crédito las que acuden para solucionar la necesidad de financiación, adquiriendo un determinado porcentaje en el préstamo y como consecuencia en la garantía hipotecaria. Estos casos especiales, se llevan a cabo mediante contratos especiales, no predispuestos ni en masa, sino redactados atendiendo a las especiales circunstancias de cada caso.
- d) En la misma línea también podrían incluirse los llamados préstamos pre-concursales, teniendo en cuenta que, frente a la regulación anterior, en la reforma por la ley 11/2011 de la Ley Concursal se prevé la posibilidad de que declarado el concurso continúe subsistente la vigencia del convenio arbitral, salvo que el juez del concurso considere que es perjudicial para los intereses del mismo en resolución motivada¹⁰.
- e) Puede pactarse el sometimiento a arbitraje en cualquier contrato de préstamo hipotecario, cuando la cláusula se haya negociado individualmente por las partes y quede así reflejado claramente (para evitar la presunción de imposición que existe en materia de cláusulas predispuestas). Si se ha negociado individualmente, y se puede demostrar, escaparía a la concepción de cláusula abusiva.
- f) Por último, no cabe olvidar que el arbitraje no necesariamente debe estar convenido en un momento anterior a producirse el conflicto, sino que al surgir una controversia las partes pueden acordar someter la solución de la misma a arbitraje (art. 9.1 LA), por tanto, en estos supuestos de acuerdo expreso será perfectamente válido dicho sometimiento y ello aunque se trate de un préstamo en que intervenga un consumidor.

IV. ¿QUÉ CONTROVERSIAS EN LA VIDA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE?

1 ¿ES SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA?

Una vez que hemos analizado en qué tipo de préstamos hipotecarios sería posible incluir un pacto de sometimiento a arbitraje, habría que plantearse qué tipo de controversias pueden ser sometidas a arbitraje hipotecario.

En un primer momento, y teniendo en cuenta la realidad social de nuestro país, quizá el principal conflicto que viene al imaginario colectivo con relación a las hipotecas es la ejecución de las mismas. Ello porque somos conscientes del gran número de procedimientos de ejecución que se han llevado a cabo como consecuencia de situaciones de sobreendeudamiento hipotecario, y que han dado lugar a ejecuciones y desahucios con dramáticas consecuencias sociales¹¹.

Pero, sin embargo, la ejecución es quizás el conflicto derivado de la hipoteca que menos posibilidades tenga de someterse a arbitraje. Al menos para el acreedor hipotecario, el sometimiento de la realización del bien a arbitraje carece de todo interés. En nuestro ordenamiento, los préstamos hipotecarios cuentan con una garantía fundamental para asegurar el cobro de la cantidad prestada: el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados regulado en los artículos 681 y sigs. de la LEC. Los acreedores, en el momento crítico de tener que ejecutar la garantía hipotecaria para ver satisfecha su deuda, preferirán acudir a este procedimiento que reúne las garantías y ventajas de que se precia el arbitraje: rapidez, certeza y efectividad.

El procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados es un procedimiento sumario, con causas de oposición tasadas¹², que permite la realización rápida y efectiva del bien dado en garantía y que al acudir al sistema de venta en pública subasta, al menos en teoría permite que el bien se venda por un valor similar al de mercado¹³. Por todo ello y teniendo en cuenta que en el convenio arbitral se puede delimitar los conflictos o controversias sobre los que pueda versar el arbitraje, lo normal es que todo lo relativo a la ejecución quede excluido del mismo. Ello sin perjuicio de que se puede cuestionar que la ejecución en sí pudiera someterse a arbitraje, señalando que en puridad no es una controversia sino una consecuencia del incumplimiento de un contrato, y que tratándose de una venta judicial sería discutible la posibilidad de someterlo a arbitraje¹⁴.

2. CUESTIONES QUE PUEDEN SOMETERSE A ARBITRAJE DURANTE LA VIGENCIA DE LA HIPOTECA

Pero que la ejecución de la hipoteca no se vaya a someter a arbitraje no implica que sean pocas las controversias en los préstamos hipotecarios que sí

podrían someterse al mismo. Muchas de estas controversias además tienen un importante contenido económico y son de un elevado nivel técnico. Además en ocasiones la interpretación o el sentido que se le dé a estas controversias, podrá conllevar que el préstamo pueda continuar cumpliéndose o que se produzca un incumplimiento que determine la apertura del procedimiento de ejecución.

Como posibles cuestiones que podrían someterse a arbitraje durante la vida de los mismos podemos señalar las siguientes:

- a) Cuestiones relativas a la liquidación de la deuda y fórmulas aplicables para su determinación.
- b) Procedencia y cálculo de comisiones.
- c) Cuestiones relativas al vencimiento del préstamo y plazo. Periodos de carencia, ampliaciones de plazo, etc...
- d) Controversias sobre la resolución y liquidaciones procedentes de coberturas pactadas de riesgo de interés, divisas y *swaps*.
- e) Modificaciones de moneda y divisa en hipotecas multidivisa.
- f) Determinación y cálculo del tipo de interés, índices de referencia y cálculo de intereses variables.
- g) Condiciones para los casos de subrogaciones activas o pasivas en el préstamo.
- h) Cuestiones relativas a la tasación de los bienes hipotecados o pérdida de valor de los mismos con la necesidad de completar la garantía.
- i) Cuestiones relativas a la interpretación y eficacia de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Como vemos, las controversias que pueden someterse a arbitraje durante la vigencia del préstamo son muy diversas, distintas de la ejecución y en las cuáles acudir al arbitraje tiene indudables ventajas; en muchas de ellas cualquier retraso en la solución del problema conlleva perjuicios económicos para ambas partes, lo que en ocasiones puede exigir ejecutar la garantía. Sin embargo, si estas controversias se solucionasen de manera rápida, a través del arbitraje, podría conllevar como consecuencia directa la conservación del contrato en mejores circunstancias para el deudor y para el acreedor.

V. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO

El arbitraje que se pacte y se lleve a cabo respecto de los préstamos hipotecarios, tendrá una serie de características comunes con el arbitraje en general, pero también debe tener en cuenta las especialidades propias del tipo de contrato sobre el que se han generado las controversias, que como queda dicho, es un contrato complejo en el que la naturaleza personal y real quedan unidas¹⁵, cons-

tituye un instrumento económico de primer orden para la obtención de liquidez, tanto para empresas como familias y en ocasiones recae sobre la vivienda del deudor hipotecario.

Como características del arbitraje hipotecario podemos destacar:

- a) Independencia. Quien espera una resolución justa exigirá imparcialidad e independencia de quién ha de resolver. Independencia que debe ser en una doble dirección: respecto de ambas partes y respecto al conflicto en concreto. La independencia en el primero de los casos podría entenderse como imparcialidad, que exige que el árbitro no tenga ninguna relación personal o profesional con ninguna de las partes, de modo que no pueda representar los intereses de ninguna de ellas. En el caso del arbitraje hipotecario existe una circunstancia que hace especial la necesidad de imparcialidad, y es que normalmente una de las partes es una entidad de crédito, que suelen tener multitud de relaciones profesionales con los colectivos que normalmente ejercen de árbitros¹⁶, por lo que debe extremarse el celo en la elección del árbitro de manera que ni tenga relaciones comerciales con la misma, ni pueda sentirse tentado de emitir el laudo a favor de la misma por poder tener esa relación comercial o clientela, con la entidad. En cuanto al conflicto concreto el árbitro deberá ser independiente, no teniendo ningún interés personal o profesional en la resolución en un sentido u otro del laudo.
- b) Eficacia. El transcurso del tiempo es un coste a tener en cuenta en cualquier tipo de controversia, pero cuando se trata de préstamos hipotecarios, el coste es adicional, ya que el pago de intereses, remuneratorios y de demora, se hace a un tipo superior al fijado para los demás contratos. Por ello la eficacia en la resolución del asunto, con unos procedimientos y plazos ajustados, y la imposibilidad de recurrir el laudo que se dicte, hace del arbitraje una solución que se adecúa muy bien a este tipo de contratos, con un alto contenido económico, en los que prima, como en el mercado en general, la seguridad y celeridad del tráfico económico.
- c) Transparencia. Que implica la garantía de que ambas partes, aunque el acreedor hipotecario tenga una posición dominante, tengan conocimiento e información clara del procedimiento y sus órganos, en especial de las normas que regulan el proceso, plazos, presentación de pruebas, etc...
- d) Igualdad y contradicción. Para garantizar un laudo justo, las partes deben situarse en situación de igualdad, tanto en el conocimiento del proceso en los términos antes señalados, como en la posibilidad de tener acceso a las posturas, manifestaciones y pruebas presentadas por la otra parte. Teniendo posibilidad de ofrecer su posición sobre las mismas. En este mismo sentido ambas partes pueden presentar declaraciones de peritos o expertos que en una materia técnica como el ámbito financiero e hipotecario es de especial importancia.

- e) Legalidad. Como no puede ser de otro modo, la decisión del árbitro debe respetar el principio de legalidad, de manera que la solución que se adopte no puede contravenir normas legales. En estos casos deberán tener en cuenta además todas las normas propias del ordenamiento hipotecario, y de manera especial los principios hipotecarios como el de especialidad, prioridad y los demás que influyen en la configuración del préstamo hipotecario, sin que pueda el laudo ignorar la aplicación de estas normas. Si se pretende la inscripción del laudo, la calificación se extenderá no solo a las normas sustantivas sino también a los requisitos necesarios para que pueda acceder al Registro.
- f) Libertad. La solución que se alcance solo podrá ser obligatoria para las partes cuando estas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente, lo que implica la correcta redacción de la cláusula arbitral y que el consentimiento prestado sea válido.
- g) Especialidad. Como consecuencia de la materia sobre la que versa el arbitraje hipotecario, se requerirán conocimientos técnicos específicos en el ámbito financiero e hipotecario, por lo que la figura del árbitro en estos casos requerirá una especialización concreta, para poder abarcar las distintas cuestiones que se susciten y darles una solución adecuada.

VI. VENTAJAS DEL ARBITRAJE HIPOTECARIO

Las principales ventajas del arbitraje hipotecario son las mismas que tiene el arbitraje en general, y que hace que cada día sea una alternativa más utilizada: rapidez, certeza, posibilidad de autorregulación (en plazos, procedimientos etc...), discreción (frente a la publicidad necesaria de las resoluciones judiciales), y el carácter técnico de quien resuelve la controversia.

La gran cantidad de procedimientos que existen en nuestro país, unido a una organización judicial con sistemas del siglo XIX, hace que las resoluciones judiciales (a pesar de la alta calidad de nuestros jueces) se demoren durante meses y años. Además la certeza del arbitraje descansa en el hecho de existir una única resolución (el laudo) que no es susceptible de recurso (salvo los supuestos tasados de nulidad), frente a las sentencias judiciales que sí son recurribles provocando un alargamiento aún mayor en la resolución de los asuntos.

Si a estos factores le añadimos el importante carácter económico que tienen los préstamos hipotecarios como medio de financiación, nos encontramos con que cualquier retraso en la resolución de los conflictos que surjan durante la vida del mismo tiene unas consecuencias económicas perjudiciales que afectarán a alguna de las dos partes, por lo que el ahorro que supone acudir al arbitraje

en los préstamos hipotecarios es una razón fundamental para defender la oportunidad de pactar la correspondiente cláusula arbitral.

De las posibles controversias que hemos señalado, destacaban muchas por su importante contenido registral, financiero y económico, que hace muy recomendable la resolución por parte de quien tenga los conocimientos técnicos adecuados. Esto es posible a través del arbitraje con la elección como árbitro o árbitros de quien sea un especialista en la materia. En principio si se trata de un solo árbitro, en el arbitraje de derecho ha de ser jurista (art. 15 LA), pero cuando se trate de varios árbitros solo es imprescindible que sea jurista uno de ellos pudiendo ser los otros técnicos en otras materias (economistas, auditores, profesionales del ámbito financiero, etc...).

Por la relación profesional diaria que tienen respecto de los préstamos hipotecarios y el conocimiento de la materia, los registradores de la propiedad serían unos profesionales adecuados para llevar a cabo estas funciones de arbitraje hipotecario. Además, su situación de independencia tanto funcional como territorial dota de especiales garantías a ambas partes, ya que no estará influenciado en su labor diaria por el sentido del laudo dictado¹⁷.

Otra importante ventaja del arbitraje hipotecario es la confidencialidad. Frente a la publicidad de las resoluciones judiciales, el laudo es confidencial y ello es beneficioso para las partes que evitan que se puedan dar a conocer informaciones sensibles, fundamentalmente de su situación financiera, que puedan afectar a su imagen en el mercado.

También como ventaja para el acreedor hipotecario, normalmente entidades de crédito, y derivada de la confidencialidad, es la mejora de la imagen pública de las mismas que redundará en la confianza de los clientes y en la posibilidad de seguir manteniendo relaciones comerciales con los mismos. Esto es muy difícil si el banco en cuestión inicia cualquier procedimiento judicial frente a esos clientes.

VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE HIPOTECARIO DEL CÓDIGO DE CONSUMO DE CATALUÑA

Con relación al arbitraje hipotecario, cabe hacer especial referencia a la reciente regulación existente en Cataluña, a través de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. En dicha ley se establecen una serie de medidas relativas al fortalecimiento de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito del consumo, como son la mediación y el arbitraje, y en especial en el ámbito de contratación de los préstamos hipotecarios. Merece

una especial referencia, ya que es una de las primeras normas que en concreto de refiere al arbitraje hipotecario aun cuando se limita a préstamos con consumidores. La especial protección que se quiere imponer a quienes contratan estos préstamos se refleja en la regulación que se hace del arbitraje¹⁸.

La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que surjan de los contratos de préstamos hipotecarios, como queda dicho y constituye su propia naturaleza, depende de la voluntad de ambas partes que así lo convengan, para lo que es necesario que exista previamente un convenio arbitral. Pero la Ley 20/2014 introduce un párrafo 2.º en el artículo 133-1 del Código de Consumo de Cataluña que establece que *«En materia de créditos y préstamos hipotecarios que tienen por objeto la vivienda habitual, se entiende que la empresa prestamista acepta el convenio arbitral siempre y cuando no haya manifestado expresamente al prestatario la voluntad en contra antes de la firma del contrato»*.

Esta posibilidad de imponer el arbitraje obligatorio parece ir contra la naturaleza convencional del mismo, que es de donde tiene en realidad su fuerza vinculante, pero no cabe rechazar de plano la imposición de acudir a estos medios de resolución extrajudicial de conflictos para determinadas materias. A la vez no se separa esta previsión de la tendencia de la legislación europea, que en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, admite la posibilidad de una *mediación impuesta*, aunque no se contemple para supuestos de arbitraje.

Por otro lado a este arbitraje habría que añadir además la mediación obligatoria que resulta del artículo 132-4.3, que tiene carácter imperativo antes de iniciar la ejecución hipotecaria en caso de hipoteca de vivienda habitual.

El problema que surge al intentar imponer este arbitraje (y lo mismo con la mediación) en relación a los préstamos hipotecarios, es que si realmente no hay intención de las partes de llegar a un acuerdo, lo único que supondrá es un aumento considerable del plazo de resolución del conflicto, lo que a su vez conlleva unos costes económicos en perjuicio del deudor que deberá pagar por esos plazos los correspondientes intereses de demora.

Hubiera sido más conveniente que en lugar de abarcar todos los medios de resolución extrajudicial, se hubieran centrado en la mediación hipotecaria¹⁹, con una serie de medidas concretas para paliar las situaciones de sobreendeudamiento de modo similar al que ya se había hecho en la legislación estatal a través del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013. En esos casos especiales sí pueden existir circunstancias, sociales y económicas, a tener en cuenta por las entidades de crédito para llegar a acuerdos como ampliaciones de plazo, periodos de carencia, modificaciones de tipo de interés, o incluso quitas de deuda y en último extremo acudir a la dación en pago de deudas.

VIII. CONCLUSIONES

I. El arbitraje hipotecario, entendido este como la resolución de controversias derivadas de préstamos hipotecarios a través del procedimiento arbitral, es una posibilidad que brinda nuestro ordenamiento y que tiene numerosas ventajas frente a la resolución judicial de esos conflictos.

II. Es preciso que se trate de préstamos en que no intervengan consumidores, o en cualquier caso, en los que la cláusula de sometimiento a arbitraje no se haya impuesto por una de las partes en un contrato de adhesión.

III. Son muy diversos los casos en que puede pactarse lícitamente esa cláusula y dependerá su aplicación, al igual que en los demás supuestos de arbitraje, de la correcta redacción de la misma y de su fuerza obligatoria para las partes. De igual modo se puede pactar el sometimiento a arbitraje una vez surgida la concreta controversia durante la vida del préstamo.

IV. Las ventajas del arbitraje hipotecario son numerosas y lo son para ambas partes del contrato: la entidad de crédito y el deudor hipotecario. Estas ventajas son: la disminución considerable de los plazos de resolución, el conocimiento técnico de la materia por quien resuelve la controversia, la falta de incertidumbre al no haber recurso contra el laudo dictado y la privacidad del procedimiento y de la resolución dictada.

V. Por todo ello se debería fomentar la inclusión voluntaria en los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas de sometimiento a arbitraje, para poder resolver a través de este procedimiento las numerosas controversias que durante la vida de un préstamo hipotecario pueden producirse, teniendo en cuenta el carácter complejo de este tipo de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- BASTANTE GRANELL, V. (2013). Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares. *Anales del Derecho*, núm. 31, 180-213.
- CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L. (2008). *La burbuja inmobiliaria española*. Barcelona: Marcial Pons.
- CARRASCO PERERA, A. (2015). Las ejecuciones hipotecarias y el nuevo Código de Consumo de Cataluña. *Revista Análisis de Gómez-Acebo y Pombo*, febrero.
- GARCÍA MUÑOZ, J. (2013). El arbitraje bancario y financiero. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 137-155.
- MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *RCDI*, núm. 743, 1167-1230.
- MATEO Y VILLA, I. (2011). De la cláusula arbitral en materia de consumo. *RCDI*, núm. 723, 79-137.

- PÉREZ GURREA, R. (2011). La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados. *RCDI*, núm. 726, 2310-2331.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2013). La solución negociada ante la ejecución hipotecaria. *RCDI*, núm. 740, 3973-4006.

NOTAS

¹ Estos medios alternativos de resolución de conflictos se conocen también por sus siglas en lengua inglesa: ADR (*alternative dispute resolution*).

² Un profundo estudio de la burbuja inmobiliaria y su relación con la llamada burbuja crediticia en CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L. (2008). *La burbuja inmobiliaria española*. Barcelona: Marcial Pons.

³ La tenencia de bienes inmuebles en el balance de las entidades de crédito produce importantes consecuencias de carácter contable, ya que el Banco de España les exige provisionar unos porcentajes de capital que fueron incrementándose en los últimos años. De igual modo les afecta negativamente la existencia de préstamos o créditos fallidos o morosos puesto que también deben provisionar por ellos.

⁴ Así, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, se refiere a la mediación en sus artículos 20 y 38 o el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo de Cataluña.

⁵ El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación define las mismas como «*las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*».

⁶ El Tribunal Supremo entre otras en la reciente sentencia de 3 de junio de 2016, afirma que el mero hecho de que el prestatario sea un profesional o empresario no implica su exclusión del ámbito de la protección de consumidores sino que habrá que atender al destino del importe del préstamo, de modo que si el mismo es para el uso o consumo propio deberá reputarse como consumidor en esa operación.

⁷ Se deducirá expresamente ese carácter empresarial o profesional del destino de la cantidad prestada en los llamados préstamos ICO.

⁸ Es muy interesante la Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2016, que analiza los requisitos y exigencias de los préstamos hipotecarios sometidos a esta ley.

⁹ A estas entidades la Ley 2/2009, con la finalidad de proteger a los consumidores que contraten con ellas, les impone diferentes obligaciones y límites (en ocasiones más gravosos que a las propias entidades de crédito) como la necesidad de inscribirse en un registro público estatal, constitución de seguros, obligaciones de información previa, unos límites en cuanto a la aplicación de intereses y de los índices aplicados, etc... En concreto somete a estos contratos a arbitraje de consumo en su artículo 10.

¹⁰ Artículo 52.1 de la Ley Concursal redactado por el número dos de la disposición final tercera de Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

¹¹ Sin embargo hemos de ser conscientes que no todos los desahucios han sido consecuencia directa de procedimientos de ejecución hipotecaria. Gran parte de los mismos procedían de impagos de contratos de alquiler de viviendas.

¹² Hasta la Ley 1/2013, las únicas causas de oposición a dicho procedimiento era la extinción de la obligación garantizada o de la propia garantía y el error en la determinación de la cantidad exigible, pero dicha ley añadió una causa de oposición adicional, como es el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o

que hubiese determinado la cantidad exigible. Bajo nuestro punto de vista la solución más adecuada para el problema de las cláusulas abusivas no era introducir esta causa de oposición que puede conllevar retrasos y añadir incertidumbre al procedimiento de ejecución, sino fortalecer el control previo de dichas cláusulas para evitar su inclusión en las hipotecas a través, además de otros posibles medios, el fortalecimiento de la calificación registral de la abusividad.

¹³ La reciente Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introduce las subastas electrónicas, va en esta línea de mejorar la publicidad de las subastas judiciales intentando que al existir más postores los precios de enajenación se acerquen al valor de mercado.

¹⁴ Así lo afirma CARRASCO PERERA, A. (2015). Las ejecuciones hipotecarias y el nuevo Código de Consumo de Cataluña, *Revista Análisis de Gómez-Acebo y Pombo*, febrero, 1-4. Señala este autor que en la ejecución hipotecaria no hay materia arbitrable, puesto que «todo lo que se pueda alegar fuera del artículo 695 de la LEC es irrelevante para el sistema de ejecución hipotecaria».

¹⁵ En cierto modo, surge una figura nueva: el crédito o préstamo hipotecario, distinto de solo el préstamo o solo la hipoteca, la naturaleza real, que se produce con la inscripción de las cláusulas en el Registro se extenderá también al préstamo en ese momento, en cuanto acceden al Registro cláusulas del mismo. La importancia de qué es lo que accede o no al Registro es esencial, puesto que conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, la ejecución se basará en aquellos extremos del título que se hayan recogido en el asiento registral.

¹⁶ Piénsese por ejemplo en los grandes despachos que lleven litigios de bancos y cuyos socios suelen actuar como árbitros o los notarios respecto de los cuales las entidades de crédito son sus principales clientes.

¹⁷ Sobre la actuación profesional de los registradores de la propiedad en relación al arbitraje véase MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción del convenio y del laudo arbitral tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje, *RCDI*, núm. 743, 1167-1230.

¹⁸ No es objeto de este trabajo tratar sobre la constitucionalidad de la norma a que nos referimos, sin embargo sí que hemos de señalar que se planteó la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos mediante el Recurso de inconstitucionalidad núm. 5459-2015, contra los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2, 20 y la disposición adicional primera de la Ley 20/2014, promovido por el Presidente del Gobierno. Este recurso implicó la suspensión de estos artículos y de la disposición adicional primera con la admisión del mencionado recurso de inconstitucionalidad y que fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» números 242 y 243, de 9 y 10 de octubre de 2015.

Por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2016 se acordó mantener la suspensión respecto de los artículos 17, 18.2 y 20, y levantar la suspensión respecto del resto de preceptos entre cuya regulación se encuentra a la que en este trabajo nos referimos.

¹⁹ Sobre la mediación hipotecaria como solución al problema de sobreendeudamiento es muy certero el artículo de BASTANTE GRANELL, V. (2013). Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares. *Anales del Derecho*, núm. 31, 180-213.

*(Trabajo recibido el 20-8-2016 y aceptado
para su publicación el 21-9-2016)*