

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN COMO RESPUESTAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS

Ana Isabel Blanco García
FPI-MINECO, Dep. Derecho Administrativo y Procesal
Universitat de València
Seminario Interdepartamental de la Facultat de Dret, 25 de marzo de 2015

SUMARIO: I. El estado de la cuestión: la importancia de la protección del cliente bancario y la inoperancia de los tribunales. II. La irrupción de las ADR en el sistema bancario. 1. Arbitraje en el caso de las “participaciones preferentes”. 2. La mal llamada “mediación hipotecaria”. 3. Defensor del Cliente. III. Conclusión: la mediación y el arbitraje como garantía de la protección y tutela efectiva de los consumidores de servicios bancarios.

I. El estado de la cuestión: la importancia de la protección del cliente bancario y la inoperancia de los tribunales

La defensa de los derechos e intereses de los consumidores ha constituido –y constituye– una de las grandes preocupaciones de la sociedad, especialmente dada la posición privilegiada que han asumido las entidades de crédito y, por ende, al hecho de que el consumidor haya quedado relegado como mero adherente del contrato, erigiéndose como la parte débil de esta relación contractual. Por tanto, partiendo de la premisa de la existencia de un desequilibrio entre ambas partes contractuales, esta tutela de los llamados clientes bancarios ha sido desarrollada no solo a nivel interno, sino también supranacional, reflejándose en el amplio abanico de normas vigente del Derecho de consumo, entre las que destacan aquellas normas generales para la defensa de los consumidores –TRLGDCU– y aquellas sobre transparencia –Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*–.

Nuestra propia Constitución ya recoge, en su artículo 51, un mandato a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces frente a los posibles fallos del mercado. Fallos que son resultado de la propia forma de contratación –a través de contratos de adhesión que podríamos decir otorgan plena capacidad e inmunidad a las entidades de crédito– y que se han reflejado en la dejadez del legislador y del ejecutivo por cambiar una situación que, a día de hoy, se ha tornado insostenible. Pero además, los poderes públicos han fracasado en su intento por mejorar la situación de los clientes bancarios, aquejados y perjudicados por los abusos constantes de las entidades de crédito. Ello por cuanto los mecanismos e instrumentos jurídicos de reclamación e indemnización disponibles por los clientes han resultado ser insuficientes y, en muchos casos, ineficientes hasta el punto de llegar a causar perjuicios irreparables.

Es cierto que los consumidores disponen de acciones para obtener una tutela judicial, tales como la acción de reparación de daños colectivos o difusos y la acción de cesación a través de la cual se trata de obtener la prevención de las vulneraciones de los derechos e intereses económicos, esto es, una tutela preventiva. Sin embargo, estos medios de tutela han dejado de ser tan eficientes para la resolución de determinados conflictos, pues la complejidad de los productos bancarios y la tecnicidad de los contratos dificultan que sean los tribunales ordinarios quienes provean soluciones adecuadas además de ocuparse de los problemas sociales.

Para llegar a comprender las razones que justifican la inoperancia de los tribunales en la protección y defensa de los derechos e intereses de los clientes bancarios, aparte de por el colapso consecuencia del elevado número de causas pendientes, debemos contextualizarlo en el panorama de crisis que arrastramos ya más de un lustro. Crisis devastadora en la que han confluído diversos factores económicos, comenzando por la crisis de las *subprime* de EE.UU. en 2007 –detonante, por otra parte, de la crisis mundial–, y siguiendo por el contagio de la misma en España con el estallido de la burbuja inmobiliaria, con la consiguiente destrucción de empleo –directo del sector de la construcción e indirecto como la industria del mueble o las empresas de decoración–, entrando el mercado laboral en crisis y, finalmente, el insostenible y crítico estado de sobreendeudamiento de las economías españolas, siendo bastante frecuente encontrar familias en las que ninguno de sus miembros está en activo y que se hallan subsistiendo de las indemnizaciones por despido o de las prestaciones, al mismo tiempo que dedican sus ahorros en el pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios, por ejemplo.

Pero el aspecto que consideramos realmente determinante para justificar que las acciones judiciales hayan dejado de dar respuestas “justas” es el hecho de que la crisis ha traspasado los límites puramente económicos para tener tintes sociales e incluso políticos. Al respecto, debemos tener presente la libertad de la que han gozado siempre las entidades de crédito a la hora de establecer y desarrollar sus políticas de comercialización, amén de una legislación flexible y protectora de los derechos e intereses de las entidades de crédito. Y si no, recuérdese la legislación –afortunadamente ya subsanada– relativa al procedimiento de ejecución hipotecaria, claramente favorecedora de la defensa de los derechos e intereses económicos de las entidades, a las que les bastaba la declaración de deuda –título ejecutivo– para solicitar judicialmente la ejecución de la vivienda que sirviera para obtener el importe adeudado y que conlleva irremediabilmente a la pérdida de la vivienda del deudor quien, sin embargo, sigue compelido a sufragar aquella parte de deuda que no haya sido cancelada con la realización del inmueble, pues le afecta el principio de responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC).

II. La irrupción de las ADR en el sistema bancario

En este escenario convulso donde han confluído una crisis económica, una crisis laboral e incluso una crisis social, las entidades de crédito han implementado y desarrollado políticas de actuación cuanto menos controvertidas y cuestionables.

Hablamos de la inclusión de la “cláusula suelo” en los contratos de crédito con garantía hipotecaria –cuyo trasfondo es la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos–, la venta de las denominadas participaciones preferentes¹ en el mercado minorista y el considerable aumento de los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias. Políticas estas que han venido ocupando numerosos titulares de telediarios, prensa y demás medios de comunicación, incluyendo las redes sociales, por su impacto y perjuicios sobre una importante colectividad de consumidores.

Así pues, además de los problemas habituales derivados de la normal operatividad bancaria –como los relativos al cobro de comisiones, al envío de una tarjeta de crédito no solicitada o a la devolución de recibos– y que, por otro lado, pueden ser los lógicos de toda relación contractual, se han sumado otros que han tenido una repercusión sin parangón, lo que ha permitido a los consumidores darse cuenta de la necesidad de un cambio drástico, no solo en la gestión de las propias entidades, sino también en la tutela de sus legítimos derechos e intereses como consumidores. En efecto, los clientes bancarios son más conscientes de sus derechos y de la importancia de gozar de unos medios de protección adecuados a la complejidad y naturaleza de los conflictos con las entidades. En este sentido, las técnicas ADR (*Alternative Dispute Resolution Mechanisms*) han ido ganando terreno a los tribunales ordinarios de justicia por ofrecer respuestas más idóneas, adaptadas y eficaces a las nuevas necesidades y características del sector bancario de consumo, en especial, el arbitraje y la mediación –aunque con matices–, y ello aun a pesar de las reticencias de las propias entidades de resolver sus conflictos por cualquier vía que no fuera la judicial o, al menos, la vía propia de resolución de quejas y reclamaciones (a través del procedimiento en sede del conocido como Defensor del Cliente).

Entendemos que este cambio de mentalidad es la clave de una transformación en la concepción de la Justicia en el marco del sistema bancario y financiero en general. Cambio que se está produciendo ahora en este sector pero que desde hace décadas funciona –y muy bien, por cierto– en otros ámbitos como el familiar, empresarial, etc. A nuestro juicio, el hecho de que la mediación o el arbitraje no tuvieran cabida en el ámbito bancario no se debía exclusivamente a la negativa de las entidades de crédito, sino también a los “miedos” y “preocupaciones” de los propios clientes, quienes desconfiaban de estos métodos alternativos por considerar, por ejemplo, que era

¹ “Son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)”. Definición contenida en el glosario virtual del Banco de España, disponible en: <http://www.bde.es/clientebanca/glosario/p/participaciones.htm>.

Sobre este producto, véanse, por todos, CARRASCO PERERA, A., “«Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 34-37; CABALLERO GARCÍA, F., “Capítulo 4. Doctrina jurisprudencial sobre las participaciones preferentes”, en AA.VV., *Reclamaciones frente a la comercialización de las Participaciones Preferentes. Actualizado al Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos financieros*, coord. por SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 147-187.

imposible negociar con la entidad de crédito o, incluso, que “la banca siempre gana”. Siendo así, resulta lógico que no se hubieran contemplado las ADR como vías de solución de los conflictos entre entidades y consumidores, ni siquiera por el legislador.

Afortunadamente, esta situación ha cambiado, siendo varias las técnicas ADR empleadas para resolver los conflictos más importantes de los últimos tiempos y sobre los que trataremos los principales aspectos, especialmente aquellos cuestionables. Así, en primer lugar, el problema con la venta de las participaciones preferentes ha sido resuelto en una gran proporción a través de la técnica heterocompositiva del arbitraje; en segundo lugar, el conflicto de los desahucios y ejecuciones hipotecarias está siendo resuelto gracias al nuevo método autocompositivo de la intermediación hipotecaria, mal llamada “mediación hipotecaria”. La declaración de la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales sigue siendo competencia de los tribunales de justicia, aunque el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España – asumiendo las funciones del antiguo Servicio de Reclamaciones– trata las reclamaciones sobre este aspecto, estableciendo los criterios de buenas prácticas.

Antes de abordar los aspectos más importantes y característicos de estos métodos, es necesario indicar que el legislador ha tomado conciencia de la necesidad de dotar a los clientes bancarios de medios de tutela extrajudiciales. En concreto, en estos últimos meses –o primeros del 2015– algunos expertos apuestan por la implantación de un sistema híbrido o mixto –técnica escalonada Med-Arb– donde los conflictos financieros quedarán resueltos a través de un sistema de arbitraje con mediación previa. Esto en la práctica supondría que, ante un conflicto con una entidad de crédito, se debería tratar de resolverlo a través de la mediación y, en caso de no alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes, se acudiría a un arbitraje. Este procedimiento ayudaría a zanjar los problemas de forma más rápida que por la vía judicial, beneficiándose además de la experiencia y conocimientos específicos del árbitro –en caso de acudir a arbitraje–.

Asimismo, pero ya como medida adoptada que entrará en vigor el 1 de abril del 2015, destacar que el Código de Consumo de Cataluña² impone –por ley– la mediación³ entre el deudor y el acreedor hipotecario antes de acudir al litigio judicial. Aunque consideramos positivo la previsión de la mediación y del arbitraje como vías de tutela del consumidor de servicios bancarios, cuestionamos la obligatoriedad de la mediación por cuanto contraviene el principio de voluntariedad inherente a estos mecanismos. Además, si esta previsión se ha hecho pensando en el ahorro en costes y en tiempo, en la práctica podría no ser tan positivo, pues las entidades de crédito no tienen interés en “sentarse” a negociar las condiciones del préstamo hipotecario, sino más bien de ejecutar el crédito por impago del deudor y recuperar el dinero.

² Ley 22/2010, del Código de Consumo de Cataluña, modificada por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre.

³ El art. 132-4.3º establece que “*las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje*”.

A continuación pasamos a tratar y analizar los aspectos más destacables –o controvertidos– del arbitraje y de la mediación empleados para resolver conflictos financieros.

1. Arbitraje en el caso de las “participaciones preferentes”

El verdadero conflicto en la comercialización de las “participaciones preferentes” no es el producto en sí, sino la falta de información completa y no distorsionada en la comercialización del mismo⁴, contraviniendo en ocasiones la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo⁵, (*Markets in Financial Instruments Directive*), relativa a normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes.

Dejando de lado las cuestiones más generalistas relativas al arbitraje como técnica heterocompositiva cuyo principal atractivo, además de la cualificación profesional del árbitro, es la naturaleza de título ejecutivo y valor de cosa juzgada del laudo arbitral, nos centraremos en esta ponencia en aquellos aspectos que han sido característicos y específicos de este procedimiento en el caso de las participaciones preferentes.

⁴ CARRASCO PERERA, A., “«Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 34-37. Recomendamos la lectura del artículo completo sobre las participaciones preferentes y sus consecuencias jurídicas sobre los inversores particulares. El autor mantiene una postura crítica frente a la “causa anti-preferente”, acentuada más si cabe por la presión de los medios de comunicación. De hecho, llega incluso a reivindicar que “la causa de las preferentes se está despachando mayoritariamente en España a costa de redistribuir renta de los contribuyentes, de los parados de las Cajas restructuradas o vendidas, de los depositantes, de quienes invirtieron en bonos convertibles por acciones (...). La causa social de los preferentistas puede ser socialmente injusta”. Analiza, con detalle, las exigencias de justicia social distributiva en el caso de las preferentes, destacando el hecho de que no todos los ahora reclamantes poseen el “perfil conservador” que dicen tener ante la Justicia para recuperar una inversión fallida. Para ello, realiza un análisis de los hechos probados de la cuantiosa jurisprudencia, entre los que destacamos el cumplimiento del “protocolo de contratación” que deben seguir las entidades de crédito en la emisión de las preferentes de nueva generación –las participaciones emitidas a partir de 2007–.

⁵ DOUE L núm. 145, de 30 de abril de 2004. Directiva transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304, de 20 de Diciembre de 2007). Esta Ley también transpone disposiciones de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE L núm. 241, de 2 de septiembre de 2006) y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DOCE L núm. 177, de 30 de junio de 2006).

Sobre la transposición, así como las novedades introducidas por la normativa MiFID en nuestro ordenamiento, véase, por todos, DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., “Transposición de MiFID en España”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 19, 2008, pp. 15-24.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que, dado que se trataba de un conflicto en el que una de las partes ostentaba la condición de consumidor, se optó por un arbitraje de consumo. En este sentido, mientras el procedimiento arbitral viene regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*⁶, reformada en 2011⁷, el arbitraje de consumo tiene su propia regulación como arbitraje sectorial, aunque, como es imaginable, la esencia es la misma que en el arbitraje general. La base jurídica de este arbitraje específico se encuentra recogida en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*⁸, donde expresamente se indica que se trata de un “*arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*”, que complementa la definición del artículo 57.1 del TRLGDCU, según el cual el Sistema Arbitral de Consumo⁹ es un “*sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito*”.

Ahora bien, aunque se trate de un arbitraje de menor complejidad que el arbitraje “tradicional” o general, la característica que hizo inclinar la balanza a su favor fue la gratuidad del procedimiento. La vía arbitral presenta numerosas ventajas, entre ellas, la confidencialidad de la que pueden beneficiarse las entidades de crédito que no quieren ver perjudicada su imagen corporativa, pero también presenta ciertos inconvenientes, siendo el coste económico buena prueba de ello. Es cierto que, en

⁶ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁷ A través de la Ley 11/2011, 20 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* (BOE, núm. 121, de 21 de mayo).

⁸ BOE núm. 48, de 25 de Febrero de 2008. Modificado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, *por el que se modifica el R.D. 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. (BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009). En lo no dispuesto en este texto normativo, será de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje.

Sobre este Real Decreto, véanse, por todos, TOMILLO URBINA, J., “El arbitraje de consumo en España: un recorrido histórico”, en AA.VV., *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo II: Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos*, coord. por FERNÁNDEZ CANALES, C., ed. REUS, Madrid, 2010, pp. 108-113; MARCOS FRANCISCO, D., “Nueva perspectiva del Arbitraje de consumo a la luz del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 16, 2008; FIDALGO LÓPEZ, A., “El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008”, *Actualidad civil*, núm. 13, 2009.

⁹ FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008. Objeto, Ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo”, en AA.VV., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por GONZÁLEZ PILLADO, E., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 183-207; SAN CRISTÓBAL REALES, S., “El arbitraje de consumo”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, 2007, pp. 101-140; MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., “El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario”, en AA.VV., *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, ed. por FLORENSA I TOMÀS, C. E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27-50.

comparación con los costes que pueden derivarse de un proceso judicial, aquí son menores, pero no es menos cierto que este procedimiento resulta mucho más gravoso que otras vías de tutela extrajudicial como la mediación. Aspecto a nuestro juicio criticable porque puede afectar seriamente a que se conciba el arbitraje como una vía accesible a cualquier ciudadano en general y consumidor en particular. En efecto, atendiendo a la materia objeto de decisión arbitral, así como al centro elegido –los costes se elevan considerablemente si acudimos a instituciones arbitrales internacionales como la CCI de París–, los honorarios pueden incrementarse hasta cuantías tan elevadas que quizá no compensen su utilización. Encarecimiento que hace que las partes – quienes deben sufragar los honorarios de los árbitros y, en su caso, los generados por la propia institución arbitral– se muestren contrarias a su uso.

Por tanto, en el caso de las participaciones preferentes estos dos aspectos – conflicto con consumidores y economía del procedimiento– fueron la clave para la elección del arbitraje de consumo como vía de protección del cliente bancario afectado.

Ahora bien, tanto la elección de este arbitraje especial como algunos aspectos procedimentales han llamado nuestra atención, pasando a enunciarlos a continuación:

- 1) Es cuestionable que, pudiendo resolver esta controversia a través de un arbitraje especializado como sería el arbitraje bancario y financiero –por ejemplo a través del Comité Bancario y Financiero de Arbitraje, creado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) –, las partes hayan optado por acudir a un arbitraje de consumo, donde son resueltas controversias de cualquier índole siempre que sean planteadas por un consumidor final.

Este arbitraje específico exigiría una doble especialización al árbitro. Por un lado, deben conocer el procedimiento arbitral y, por otro, deben ser expertos en materia bancaria, bolsa e inversión y en materia de seguros. Lo que sin duda supondría una ventaja competitiva con respecto al resto de técnicas ADR e incluso de otros tipos de arbitraje, como el de consumo.

Sabemos que la elección del arbitraje de consumo como vía de tutela del cliente bancario se debe a la gratuidad del procedimiento, aunque, por otra parte, consideramos que instituciones arbitrales especializadas exclusivamente en asuntos bancarios o financieros hubieran sido más apropiadas. Argüimos la necesidad de unos conocimientos técnicos y económicos especiales que deben ser, por otra parte, *conditio sine qua non* para ser investido como árbitro en este tipo de reclamaciones, pues de lo contrario, se estarían infravalorando las necesidades y exigencias para una “justa” protección de los consumidores de servicios bancarios.

Por tanto, al igual que el arbitraje de consumo ha sufrido una sectorialización en materia de telecomunicaciones, podría también crearse otra sección específica para las cuestiones financieras y bancarias, con el objetivo de ofrecer un tratamiento adecuado y acorde con la complejidad y tecnicidad de la materia disponible sometida a arbitraje, tal y como sucede

en este caso con las “participaciones preferentes”. De esta forma se garantizaría la gratuidad del procedimiento pero con el valor añadido de la profesionalización y especialización de los árbitros.

- 2) En 2013, dada la envergadura del problema, Gobierno y oposición acordaron establecer procedimientos arbitrales en las entidades de crédito nacionalizadas. Aunque sea positivo este acuerdo, no consideramos conveniente la limitación y restricción de cualquier entidad a este acuerdo, vulnerándose no solo el principio de accesibilidad sino también el de voluntariedad.
- 3) Este principio de voluntariedad también se vio menoscabado por el desarrollo del procedimiento por las entidades de crédito parte del arbitraje: NovaGalicia Banco, Catalunya Caixa y Bankia. Estas entidades, de forma unilateral designaron una consultora externa, que tiene un coste, para decidir en qué casos se han colocado las preferentes de forma inadecuada y, por tanto, qué consumidores quedan legitimados para ser parte del arbitraje. En concreto, NovaGalicia Banco designó a PWC (*PricewaterhouseCoopers International Limited*), Catalunya Caixa a Ernst&Young y Bankia a KMPG. Aunque en la práctica la restricción no fue muy importante, la mera incidencia de las entidades en el procedimiento es criticable, pero sobre todo la permisibilidad y, por qué no, pasividad de los poderes públicos ante esta situación en la que claramente volvieron a “dar alas” a las entidades de crédito para actuar según su conveniencia.

Tampoco han quedado claros los criterios de elección establecidos por las entidades de crédito, es decir, si la elección y designación de tales consultoras ha sido objetiva o discrecional, pues las entidades de crédito no han hecho públicos tales criterios, incumpliendo una vez más el deber legal de transparencia.

2. La mal llamada “mediación hipotecaria”

Actualmente, el conflicto más importante al que deben hacer frente las entidades de crédito es el llamado conflicto hipotecario, del que la inclusión de cláusulas suelo en los contratos es solo una pieza del puzle. Las cifras de los desahucios y ejecuciones hipotecarias reflejan la magnitud del problema. De hecho, consideramos que son el gran lastre de nuestra sociedad actual que dificulta la salida de la crisis y que ha llevado a las familias a situaciones de extrema gravedad. Según el Instituto Nacional de Estadística, solo en el segundo trimestre de 2014 se efectuaron 32.960 inscripciones en los Registros de la Propiedad del inicio de procesos de ejecución, cifra que se contrajo en el tercer trimestre hasta las 23.240. Aun a pesar de este descenso, son demasiadas las familias afectadas por una crisis que les lleva a perder su vivienda.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que este conflicto no afecta a todos los consumidores de servicios bancarios, sino a aquellos denominados “deudores hipotecarios” por haber contraído una deuda con la entidad por la contratación de un crédito de préstamo hipotecario. En este sentido, ante un impago del deudor, la entidad de crédito, en calidad de acreedora, podía solicitar la ejecución del bien inmueble a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, configurado en la LEC como un trámite rápido que garantizaba los derechos e intereses de la entidad.

Así las cosas, por regla general, la vía judicial no ofrecía muchas opciones al deudor para evitar la pérdida de la vivienda, quedando al arbitrio de la entidad una posible negociación previa de las condiciones del propio préstamo que facilitaran el pago de las correspondientes cuotas. En la mayoría de los casos, como es de suponer, el deudor acababa perdiendo la vivienda y, en un panorama como el actual donde estos deudores viven un auténtico drama, agravado por el desempleo, vías de tutela alternativas a la judicial cobraron especial importancia. En concreto, la mediación –con matices– ha sido la vía apropiada por la que se está dando salida a este conflicto.

Antes hemos aludido a la dejadez del legislador en adoptar medidas que mejoren y eleven el nivel de protección de los consumidores, en especial, de los consumidores de servicios bancarios, y así ha sido hasta los últimos años en los que se han adoptado medidas legislativas para paliar los efectos devastadores de la crisis hipotecaria, aunque insuficientes. En concreto, se han aprobado el Real Decreto Ley 8/2011, de 7 de julio, *de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa*¹⁰, el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*¹¹, por el que se regulaba el Código de Buenas Prácticas, y el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, *de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios*¹².

¹⁰ BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011. En lo que concierne al procedimiento de ejecución hipotecaria, la medida adoptada consistió en la modificación de la LEC mediante la flexibilización de los requisitos de acceso a las subastas de los inmuebles con la finalidad de que también pudieran participar los no profesionales.

¹¹ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.

¹² BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

Desde su Preámbulo se evidencia la preocupación por el sobreendeudamiento hipotecario: “*La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual*”.

Ahora bien, aun cuando los resultados no han sido los esperados, estas normas han servido de base jurídica para desarrollar y promover una nueva vía de tutela que, esta vez sí, ha dado resultados altamente positivos. Hablamos de un procedimiento autocompositivo que se ha denominado “intermediación hipotecaria”, (mal)llamado “mediación hipotecaria”, pues así fue calificada en sus principios aunque posteriormente el desarrollo práctico del procedimiento conllevó el cambio en su calificación.

Para entender mejor esta nueva técnica ADR, debemos partir de una interpretación en sentido amplio de la tradicional mediación, que abarque las técnicas propias de la mediación pero también de la negociación, en este caso, asistida por un tercero. En este sentido, la intermediación hipotecaria debe ser entendida como aquel procedimiento autocompositivo de solución de controversias en el que las partes, deudor y acreedor hipotecarios, guiadas y asistidas por el mediador, tratan de alcanzar voluntariamente un acuerdo, bien de reestructuración de las condiciones del préstamo que permitan al deudor continuar con el pago de las cuotas, bien para reducir su estado de sobreendeudamiento, pero siempre tratando de conservar la vivienda habitual¹³.

Los principios que caracterizan este procedimiento de intermediación hipotecaria son los que siguen:

- La voluntariedad de las partes implicadas, participando en el desarrollo de las negociaciones y en la resolución.
- La confidencialidad del procedimiento.
- La comunicación y el diálogo como instrumentos de gestión del conflicto
- La flexibilidad del procedimiento y,
- La buena fe que debe presidir en la actuación de las partes.

Centrándonos en cuestiones procedimentales, es necesario señalar que se han establecido límites o restricciones en lo que respecta a la legitimación para ser parte de esta intermediación. El ámbito de actuación de la intermediación hipotecaria ha quedado constreñido a aquellas controversias que versen sobre la posible pérdida de la vivienda única y habitual del deudor hipotecario, pues la condición para activar este procedimiento es que el deudor se halle en una situación de riesgo de exclusión social.

Los Códigos de Buenas Prácticas así como la Ley 1/2013, han recogido las medidas aplicables, esto es, los posibles acuerdos, siempre y cuando se den los requisitos económicos y sociales establecidos, asociados a la especial vulnerabilidad del deudor por la ausencia de rentas o la obtención de rentas insuficientes en relación con el número de miembros que conforman el núcleo familiar. Los posibles acuerdos son:

¹³ En la misma línea, BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, p. 7 y CASARES PINAL, M. C., “XVI. Mediación en materia hipotecaria”, en AA.VV., *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, dir. por CASTILLEJO MANZANARES, R., La Ley, Madrid, 2013, p. 565.

- La suspensión de los lanzamientos por un plazo no superior a los dos años desde la entrada en vigor de la norma. Esta medida está prevista en el RDL 27/2012, cuyo plazo ya se ha extinguido –el 15 de noviembre–, lo que significa que las hipotecas beneficiadas por esta medida han dejado de estarlo y por la Ley 1/2013, cuyos efectos se extinguirán a más tardar el 15 de mayo de 2015.
- En caso de que no se haya decretado el lanzamiento, la primera medida viable es la reestructuración de la deuda, que consiste en la modificación de las condiciones iniciales del préstamo para facilitar al deudor el pago de su hipoteca –reducción de tipos de interés, reunificación de deudas, etc.–.
- Quita del principal: aplicable solo en caso de que no sea viable una reestructuración. La quita supone una deducción, reducción o rebaja del principal pendiente.
- Dación en pago: medida solamente aplicable si ninguna de las anteriores es posible. La dación en pago supone la entrega efectiva de la vivienda a la entidad de crédito, que procede a la cancelación de deuda. Mantenemos una postura bastante crítica respecto de esta solución, pues aunque se elimine la deuda con la entidad conlleva la pérdida de la vivienda, que es precisamente lo que se trata de evitar. Finalmente, el CBP establece que la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la totalidad de la deuda. Aquí no se prevé la dación en pago parcial. No es aplicable si hay anuncio de subasta.

A continuación, al igual que en el apartado anterior, procedemos a concretar los aspectos que determinan la naturaleza jurídica de esta técnica ADR, así como aquellos más cuestionables:

- 1) Naturaleza jurídica: En un principio se generó un debate en torno a su consideración como mediación en asuntos civiles y, por tanto, sujeta a la regulación de la Ley 5/2012, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* o, por el contrario, dentro de la categoría de mediación de consumo, excluida expresamente de la citada norma. A nuestro entender, la intermediación hipotecaria ha demostrado ser una técnica ADR propia, una categoría *sui generis* de ADR autocompositiva que aúna las ventajas de la mediación y de la negociación asistida por un tercero. Por ello, debería gozar de un régimen jurídico propio y separado de las restantes mediaciones.
- 2) Ámbito de aplicación: un aspecto a tener en cuenta es, a nuestro juicio, la excesiva restricción de su ámbito de aplicación. Es cierto que es coherente con la finalidad de las normas dictadas en los últimos años –protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión– pero también supone la

exclusión de muchos deudores afectados que podrían evitar males mayores si tuvieran acceso a este medio de tutela. Entendemos que el legislador debería prever de un mecanismo que protegiera a los deudores hipotecarios con dificultades económicas, con el objetivo de evitar, a medio y largo plazo, que el deudor se vea implicado en un proceso de ejecución hipotecaria.

- 3) Competencias del tercero: mientras en la tradicional mediación y negociación asistida se predica la independencia y la imparcialidad como rasgos que debe reunir el tercero, en la intermediación hipotecaria, las competencias del tercero no quedan limitadas a la guía y acercamiento de las partes hacia el consenso, sino que va más allá y puede asumir un rol de asesor jurídico del deudor afectado, siendo en la práctica este papel desempeñado por el abogado del deudor.
- 4) La situación anterior refleja claramente el incumplimiento de uno de los principios básicos y fundamentales de la mediación, lo que nos lleva a reafirmarnos en que estamos ante una técnica híbrida: la igualdad de las partes durante la gestión del conflicto, que se desvanece en este procedimiento, pues también se parte del poder de la entidad de crédito, limitándose a obtener unas mejores condiciones de pago del préstamo.

3. Defensor del Cliente

Esta institución del Defensor del Cliente, conocida mundialmente con el calificativo de *Ombudsman* bancario, no es ni una mediación ni un arbitraje sino que se trata de una técnica híbrida que combina características de ambas, lo que dificulta –o mejor dicho, impide– su integración como técnica autocompositiva y heterocompositiva.

Tampoco estamos ante un mecanismo que, al igual que los anteriores, han entrado en el panorama financiero a causa –o gracias– a la crisis y a los conflictos que de ella se han derivado, sino que se trata de una figura instaurada hace décadas –en 1986 encontramos las primeras referencias– especialmente para el sector financiero pero que, sin embargo, no había gozado de tanta “popularidad” como hasta ahora, ayudada por la gratuidad del procedimiento. Esta figura, originariamente creada para el sector público como sistema de control de las actuaciones de los poderes públicos, fue adaptada para proteger también intereses de naturaleza jurídico-privada, incluyendo obviamente los intereses financieros.

Esta institución cumple, pues, una función tuitiva a través de la resolución de las quejas y reclamaciones formuladas por los usuarios de servicios financieros en caso de disconformidad con un producto, servicio o línea de actuación de las entidades de crédito supervisadas por el Banco de España.

Traemos a colación esta figura para demostrar que las entidades de crédito disponían de un procedimiento propio de resolución de conflictos, también alternativo a

la vía judicial pero que, sin embargo, no ha tenido tanta acogida como los anteriores. La razón fundamental que explica esta falta de éxito radica en la concepción de los consumidores de esta institución, pues la entienden vinculada a las propias entidades de crédito y, por tanto, carente de la debida independencia e imparcialidad para el tratamiento de las reclamaciones o quejas.

Este procedimiento ha sido configurado, de acuerdo con MARIMÓN, como un “sistema de doble escalón [...]: los *Ombudsmen* designados por las entidades de crédito a título individual o colectivo y un defensor público, habilitado por el Estado e integrado en la estructura organizativa del Banco de España”¹⁴.

Por tanto, este procedimiento se divide en dos fases:

- 1) Fase interna: representada por los Servicios de Atención al Cliente de las entidades que actúan como órgano de primera instancia de concurrencia obligatoria estructurados como un departamento separado e independiente de la entidad de crédito en la que se incardina y que lo designa, aspectos éstos que no hacen sino cuestionar su verdadera naturaleza como órgano independiente e imparcial.
- 2) Fase externa: representada por el Defensor del Cliente y por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), verdadero *Ombudsman*.

- El Defensor del Cliente es una figura exclusiva del ordenamiento jurídico español, compartiendo características y requisitos con el Servicio de Atención al Cliente, si bien se trata de un órgano de naturaleza potestativa cuya designación y creación corresponde, bien individualmente, bien conjuntamente, a las propias entidades de crédito. Esta naturaleza facultativa implica, a su vez, su carácter subsidiario y, con ello, el posible conflicto competencial con el Servicio de Atención al Cliente respecto al que, sin embargo, no presenta grandes discrepancias en lo referente al procedimiento, a excepción del carácter obligatorio de la decisión, siempre que sea favorable al consumidor.

- La naturaleza del DCMR es la propia de un órgano de segunda instancia, enmarcado en la estructura de la Autoridad Supervisora, el Banco de España, aunque dotado de autonomía, por lo que su independencia e imparcialidad no es tan cuestionada como en las instancias previas.

El aspecto que, con diferencia, ha marcado la evolución y acogida de esta figura ha sido la naturaleza jurídica de la resolución emitida pues, al igual que en el arbitraje, el tercero experto emite su resolución una vez analizada toda la

¹⁴ MARIMÓN DURÁ, R., “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en AA.VV., *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dir. por CUÑAT EDO, V., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 219.

documentación y alegaciones de las partes. Naturaleza que varía en función de la instancia que se trate.

Así, mientras las resoluciones del Servicio de Atención al Cliente son vinculantes porque así lo han establecido las propias entidades en sus respectivos Reglamentos de funcionamiento, las decisiones emitidas por el Defensor del Cliente gozan de naturaleza vinculante porque así lo ha establecido la norma (artículo 7.3 de la Orden ECO/734/2004) “*siempre y cuando sean favorables al consumidor*”, lo que en la práctica supone que vincularán a la entidad aquellas resoluciones que sean favorables a las pretensiones del cliente y que sean aceptadas por el mismo, poniendo fin al procedimiento.

Por otro lado, y he aquí el *quid* de la cuestión, la propia Orden ECC/2502/2012 señala que las decisiones del DCMR se configuran como un informe carente de fuerza vinculante y, por tanto, de fuerza ejecutiva. Este carácter de mera recomendación y, por tanto, de la falta de obligatoriedad en su cumplimiento, lleva a cuestionarnos la verdadera eficacia de este procedimiento. Entendemos que la modificación de esta naturaleza jurídica, de forma que estos informes finales pasaran a ser decisiones vinculantes para las entidades de crédito cuando fueran favorables a los consumidores y éstos manifestaran su conformidad, redundaría en un incremento de la seguridad jurídica así como en una mayor credibilidad del servicio, mejorándose, a su vez, la percepción de los usuarios de servicios financieros sobre el procedimiento.

III. Conclusión: la mediación y el arbitraje como garantía de la protección y tutela efectiva de los consumidores de servicios bancarios

La mediación y el arbitraje han irrumpido con fuerza en el sector bancario como medios de protección de la clientela bancaria, pero también como una suerte de sistema de control del efectivo cumplimiento de la normativa sobre transparencia y de la actuación con sujeción a las buenas prácticas bancarias y usos financieros, cada vez más exigentes en términos de información a los consumidores y respeto de sus derechos. Precisamente, una de las cualidades inherentes a estas técnicas ADR, la flexibilidad, es lo que ha permitido que se haya adaptado la mediación tradicional en forma de intermediación para dar solución a los problemas relacionados con las ejecuciones hipotecarias de primeras y únicas viviendas cuando el deudor se halle en riesgo de exclusión. Ello por cuanto una mediación tradicional no hubiera tenido tanto éxito, quizá por el papel del tercero como asesor que busca una solución satisfactoria sobre todo para el deudor o también por la objetivación de los acuerdos a adoptar.

No obstante, a pesar de su eficacia en contraposición con la inoperancia de la vía judicial, el arbitraje de consumo y la intermediación hipotecaria no son la panacea a todos los conflictos nacidos en el seno de la contratación bancaria. Es necesario adoptar medidas que impulsen y promuevan el uso de estos mecanismos entre las entidades de crédito, así como establezcan una regulación específica para el sector bancario, tal y como sucede en otros ámbitos –familia o telecomunicaciones, por ejemplo– con el

propósito de optimizar el procedimiento y los resultados. Así, por un lado, se deberían establecer las pautas procedimentales de la intermediación hipotecaria y, por otro, debería crearse y desarrollarse un arbitraje financiero.

Con todo, es destacable el papel que las ADR están desempeñando en la resolución de los conflictos bancarios, con especial incidencia en el ámbito hipotecario, donde, sin duda, ha devenido crucial para salvaguardar los derechos e intereses de los deudores hipotecarios y mejorar su situación económica y, por ende, también personal, agravada por una grave crisis laboral que ha hecho tambalear los cimientos de la política económica y social.

Ahora bien, y esto es lo más importante, estamos solo en el principio del cambio en la mentalidad de los agentes económicos –sobre todo de las entidades de crédito– pero también de los clientes bancarios, un giro hacia la resolución pacífica –o más satisfactoria si se prefiere– de los conflictos bancarios que permite, a su vez, una mejora y una adaptación más ágil y apropiada a las nuevas necesidades de los consumidores y de los productos y contratos controvertidos.