

Recibido: 30 mayo 2018  
Aceptado: 3 septiembre 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 535–546

## ***La resolución de conflictos en el negocio inmobiliario: especial referencia a las controversias en la propiedad horizontal \****

María Pilar MORGADO FREIGE \*\*

*Sumario:* I. Planteamiento de la cuestión. II. La mediación en el ámbito inmobiliario. 1. En materia de vivienda. 2. En el ámbito hipotecario. III. La mediación en la propiedad horizontal

*Resumen:* La resolución de conflictos en el negocio inmobiliario: especial referencia a las controversias en la propiedad horizontal

Existe una gran variedad de materias que son susceptibles de ser resueltas, en caso de controversia, a través de mecanismos de mediación civil. Entre ellas cabe citar la mediación inmobiliaria, con un prolífico ámbito de aplicación en materia de compraventa, propiedad horizontal y otros conflictos derivados de las relaciones de vecindad, arrendamientos o ejecución hipotecaria.

*Palabras clave:* MEDIACIÓN – NEGOCIO INMOBILIARIO – PROPIEDAD HORIZONTAL.

*Abstract: The Resolution of Disputes in the Real Estate Business: Special Reference to Disputes in the Horizontal Property*

*There is an extensive catalog of subjects that are susceptible to be resolved, in case of disputes, through civil mediation mechanisms. These include real estate mediation, with a prolific scope of application in the area of buying and selling, horizontal property and other conflicts derived from neighborly relations, leases or foreclosure.*

*Keywords:* MEDIATION – REAL ESTATE BUSINESS – HORIZONTAL PROPERTY.

### **I. Planteamiento de la cuestión**

La introducción de cláusulas por las que se someten a arbitraje o mediación los conflictos entre los particulares suponen una forma de resolución

---

\* Comunicación presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial” que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018.

\*\* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil. Universidad de Alcalá. Abogada.

más eficaz, rápida y menos dramática<sup>1</sup>. Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto<sup>2</sup>.

El art. 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al hacer referencia al ámbito de aplicación de la ley señala que

“1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo”.

A diferencia de ella, el art. 2 de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio efectúa una amplia enumeración a modo de ejemplo de una serie de ámbitos del Derecho privado que comprende la mediación, distinguiendo los supuestos de mediación familiar, incluida la mediación en el ámbito del Derecho de sucesiones y los de mediación civil, la cual comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación

---

<sup>1</sup> Así lo reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 mayo 2010 (RJ 2010/3707) al señalar que “en todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”. En el mismo sentido cabe citar, las SSTS de 2 julio 2009 (RJ 2009/6462), 3 julio 2009 (RJ 2009/5491), 17 septiembre 2009 (RJ 2009/4589) y 5 marzo 2010 (RJ 2010/2390).

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

personal entre las partes, si éstas deben mantener las relaciones en el futuro”, señalando particularmente los conflictos en el ámbito de asociaciones y fundaciones, de la propiedad horizontal y urbanizaciones, de la convivencia ciudadana o social y los interculturales, para concluir con una cláusula cierre que la dota de mayor amplitud, al incluir “cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si razonablemente, aún pueden evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción”, debiéndose indicar que aunque el texto del precepto se refiera a “conflictos relacionales”, no excluye que la cuestión de fondo sea económica.

Una vez fijado el ámbito de la mediación, sus límites y las materias excluidas y ante la ausencia de una previsión expresa por parte de la Ley 5/2012, cabe señalar que existe un amplio abanico de materias que son susceptibles de ser objeto de mediación civil. Entre ellas cabe citar la mediación inmobiliaria, con un prolífico ámbito de aplicación en materia de compraventa, propiedad horizontal y otros conflictos derivados de las relaciones de vecindad, arrendamientos o ejecución hipotecaria.

## II. La mediación en el ámbito inmobiliario

Como ya hemos citado, una de las materias que merecerían ser objeto de mediación es la compraventa inmobiliaria<sup>3</sup> y el préstamo hipotecario.

### 1. En materia de vivienda

Con carácter general, la mediación en el ámbito inmobiliario, puede centrarse en el contrato de compraventa, cuya regulación específica en el Código Civil (arts. 1445 a 1506) posee mayoritariamente carácter dispositivo, por lo que no existen límites a la actividad mediadora en este ámbito, con excepción de la prohibiciones de contratar recogidas en el art. 1459 Cc. La figura de la mediación puede encontrar aplicación en el momento de la celebración del contrato, a la hora de determinar su objeto, sobre todo en supuestos de compraventa de vivienda en construcción. Igualmente puede ser útil la mediación para la fijación del precio, ya que el propio art. 1447 Cc admite expresamente que su señalamiento o determinación se deje al arbitrio de un tercero, por lo que evidentemente podría ser objeto de mediación entre las partes, y teniendo siempre en cuenta que el art. 1449 Cc prohíbe que tal cuestión quede en manos de uno de los contratantes.

---

<sup>3</sup> Si bien argumenta en contrario B.M. Cremades, “El Convenio arbitral”, *Diario La Ley* n° 5754, 4 abril 2003, Madrid, p. 6, que ya existe un procedimiento arbitral regulado en la Ley de Arbitraje y que no es necesario nuevos procedimientos específicos, ya que dicha técnica legislativa va en detrimento de la seguridad jurídica y debe evitarse su sucesivo replanteamiento legislativo, pero también es cierto que el fundamento social que sustentaría el tratamiento especial de la vivienda en sede arbitral, y en especial la gratuidad o la posible resolución en equidad goza de la suficiente relevancia para justificar el diferente y especial tratamiento.

Ahora bien, centrándonos en la vivienda aun cuando podría excluirse el arbitraje o la mediación en aquellas cuestiones relativas a la vivienda familiar por referirse a supuestos patrimoniales dentro de los contenciosos matrimoniales, en nuestra opinión, no puede quedar ajena a la medición inmobiliaria todas aquellas controversias que se derivan del contrato de compraventa de inmuebles entre los particulares. Si bien, se alega que para este tema ya está regulado el arbitraje de consumo, puede contestarse que el arbitraje de consumo no excluye al arbitraje inmobiliario. El arbitraje de consumo se establece partiendo de las desiguales posiciones entre vendedor—promotor y comprador—cliente, pero no todo arbitraje inmobiliario es arbitraje de consumo, por lo que sería conveniente y merecería la importancia del sector que se estableciera de *lege ferenda*, un arbitraje institucional y privilegiado en materia de vivienda.

Arbitraje que no debe ser otro que un arbitraje específicamente inmobiliario donde la protección se dispense por razón del objeto, y la función que cumple, lo que le diferenciaría claramente del arbitraje de consumo cuya tutela se dispensa en atención a los sujetos de la relación. Es decir, la vivienda no debería de recibir la tutela vía arbitraje de consumo, o al menos no es el arbitraje más apropiado, sino que tal protección debería dispensarse a través de un específico arbitraje inmobiliario en la medida en que dicha tutela descansaría, no tanto en los sujetos de la relación, esto es, en la situación o no de inferioridad o desequilibrio de una de las partes, el consumidor final, respecto a la contraria, y que constituye el fundamento del derecho de consumo y de su arbitraje sectorial, como en la esencia o destino del objeto de la relación jurídica, con independencia de quienes la integren y de cuál sea su posición, esto es, la vivienda como inmueble destinado a satisfacer una necesidad primaria de la persona o de cualquier otra con un interés económico diferente<sup>4</sup>.

## 2. En el ámbito hipotecario

Además de la mediación en la Propiedad Horizontal, a la que nos referiremos posteriormente, hay que tratar la medición en el ámbito hipotecario.

El sector de los préstamos hipotecarios se presenta como otro de los ámbitos en los que el instrumento de la mediación presenta gran interés para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes, especialmente en la actual situación de crisis económica y paro para numerosas familias españolas que les impide hacer frente al pago inmediato de las deudas contraídas con la entidad prestamista.

Es en estos supuestos de imposibilidad de cumplimiento normal de la obligación de pago en los que aparece como deseable la intervención del mediador (no parece lógica la intervención en supuestos de normalidad)<sup>5</sup>, quien

---

<sup>4</sup> J.A. Pérez Miralles, *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 159.

<sup>5</sup> Así, diferentes Colegios de Abogados han creado en su seno unas denominadas “Oficinas de intermediación hipotecaria” que ofrecen, de manera totalmente gratuita, un servicio de información,

podría reunir a entidad bancaria y a deudor para buscar fórmulas ágiles de solución del conflicto<sup>6</sup>.

Se entiende por mediación hipotecaria, aquel proceso autocompositivo de resolución de controversias en el que con la intervención de un tercero, el deudor y acreedor hipotecarios, como consumidor y empresario respectivamente, intentan alcanzar voluntariamente un acuerdo de reestructuración del préstamo que permitan al primero continuar con el pago de la hipoteca, o bien paliar su estado de sobreendeudamiento intentando siempre preservar la vivienda<sup>7</sup>.

El arbitraje hipotecario, teniendo en cuenta el posible carácter abusivo del pacto de sometimiento a arbitraje o la fuerza atractiva del arbitraje de consumo<sup>8</sup> 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 de esta forma recurrir a la justicia ordinaria.

A modo de ejemplo podríamos citar<sup>9</sup>:

i) 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 crédi-

---

asesoramiento y soporte a las personas que tienen dificultades para hacer frente a los pagos de los préstamos hipotecarios y están en riesgo de perder su vivienda habitual, facilitando la comunicación entre la parte deudora y la entidad financiera para encontrar una solución antes de una demanda de ejecución hipotecaria o durante el proceso de ésta (<http://www.abogacia.es/2012/06/21/oficina-de-intermediacion-hipotecaria/>). Igualmente, algunas instituciones oficiales han creado servicios análogos, como el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco (["http://www.justizia.net/mediacion-hipotecaria/"](http://www.justizia.net/mediacion-hipotecaria/)) o el Ayuntamiento de Pamplona (["http://www.pamplona.es"](http://www.pamplona.es)).

<sup>6</sup> Para V. Bastante Granell ("Mediación Hipotecaria: Una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares", *Anales del Derecho*, n.º 31, 2013, p. 185), es lógico que las entidades bancarias no se acojan a un sistema arbitral para solucionar el problema de sobreendeudamiento hipotecario. Generalmente, dicho problema es solucionado mediante negociaciones con la parte deudora, sin intervención de tercero. Los bancos no tienen interés en someterse a un procedimiento cuya resolución es vinculante y tampoco en permitir que sea un árbitro en el que establezca y decida la reestructuración hipotecaria.

<sup>7</sup> V. Bastante Granell, *loc. cit.*, p. 186.

<sup>8</sup> De hecho en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en fase de tramitación en el Congreso de los Diputados se prevé en la Disposición Adicional Primera que "El prestamista inmobiliario o el intermediario de crédito inmobiliario y el prestatario consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, de mutuo acuerdo o mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral del Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, que figuren en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores y que respete los principios establecidos por la normativa europea. Los prestatarios podrán también someter unilateralmente los conflictos a los mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros".

<sup>9</sup> S. Rey Barba, "¿Es posible el arbitraje hipotecario?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 758, 2016, p. 3182.

tos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito<sup>10</sup>.

ii) 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.

iii) Los llamados préstamos preconcursales, teniendo en cuenta que, 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 motivada.

iv) 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. Si se ha negociado individualmente, y se puede demostrar, escaparía a la concepción de cláusula abusiva.

v) Por último, no debemos olvidar que el arbitraje no necesariamente debe estar convenido en un momento anterior a la producción del conflicto, sino que una vez surgida la controversia las partes pueden llegar a acordar someter la solución de la misma a arbitraje (art. 9.1º LA). En consecuencia, en supuestos de acuerdo expreso sería perfectamente válido dicho sometimiento y ello aunque se trate de un préstamo en que intervenga un consumidor.

Una vez planteada la posibilidad de someter a arbitraje o mediación a los préstamos hipotecarios, cabría estudiar qué cuestiones podrían ser objeto de las mismas. A título meramente enunciativo podría citar las siguientes<sup>11</sup>: 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. Períodos de carencia, ampliaciones, 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 e 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.

No obstante todo lo expuesto anteriormente, la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que traspone la Directiva 2008/52/E, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, no impone la obligación de acudir a mediación en ningún tipo de proceso y excluye ex-

---

<sup>10</sup> En este sentido, cabe citar la Res. DGRN 31 mayo 2016 (RJ 2016/4003), sobre los requisitos que deben reunir los préstamos sometidos a esta ley.

<sup>11</sup> S. Rey Barba, *loc. cit.*, p. 3184.

presamente su aplicación a los procesos de consumidores. Por otro lado la directiva, no establece el carácter necesario del intento de mediación *pre procesal*. El art. 5.2º de la misma prevé que

“... la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivo o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”.

A diferencia de lo previsto en el art. 132–4 del Código de Consumo de Cataluña<sup>12</sup> donde el legislador catalán impone un procedimiento de mediación en el ámbito de los procesos que tengan por objeto un préstamo hipotecario relacionado con la vivienda habitual.

Para V. Pérez Daudí<sup>13</sup>, la obligatoriedad de acudir a la mediación se aplica a todos los procesos relacionados con los créditos o préstamos hipotecarios. Es decir, se incluye la ejecución hipotecaria y los procesos relacionados con la declaración de nulidad del contrato de crédito o préstamo hipotecario o alguna de sus cláusulas, como puede ser la de vencimiento anticipado o el suelo.

A la vista de lo anterior, entiendo que la mediación hipotecaria debe constituir una modalidad de mediación civil con singularidad propia, no como una especialidad del arbitraje de consumo y que tenga por objeto la reestructuración de los préstamos hipotecarios para evitar la ejecución o, al menos, el lanzamiento.

---

<sup>12</sup> “1. Las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial.

2. El procedimiento de mediación debe tener por objeto buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que la persona consumidora conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute. En el marco de este procedimiento, las partes o el órgano de resolución extrajudicial de conflictos pueden solicitar un informe de evaluación social con un análisis socioeconómico del deudor y las posibles vías de resolución del conflicto en los términos del art. 133–6.

3. Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial”.

<sup>13</sup> V. Pérez Daudí, “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”. *Diario La Ley*, nº 8541, Sección Tribuna, 18 mayo 2015. El autor concluye que el art. 132–4 del Código de consumo de Cataluña impone el carácter obligatorio de la mediación antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial relacionada con un crédito o préstamo hipotecario de la vivienda habitual. En el ámbito judicial, el demandante deberá aportar junto con la demanda el acta de inicio de la mediación y el acta final de la misma en la que se haga constar que no se ha llegado a un acuerdo. En el caso de no adjuntarla el Secretario Judicial deberá permitir que la parte actora subsane la falta de presentación permitiendo que se acuda la mediación y suspendiendo la admisión a trámite de la demanda. En el caso de no realizarlo en el plazo concedido se dará traslado al Tribunal para que inadmita la demanda.

### III. La mediación en la propiedad horizontal

La mediación, además de reconocerse en el ámbito del derecho inmobiliario al que ya hemos hecho referencia, cobra un particular protagonismo en la Propiedad Horizontal y en particular a lo que se circunscribe a los conflictos derivados de la misma.

Si bien es cierto que el art. 24 CE reconoce como derecho fundamental la tutela judicial efectiva, no es menos cierto que ésta reconoce la libertad individual como principio inspirador del *arbitraje y la mediación*. Ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 se señalaba “que por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derecho y deberes”, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario de la Ley, permitiendo de esta forma la posibilidad de introducir cláusulas de arbitraje en el Título constitutivo para solucionar diferentes problemas comunitarios<sup>14</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo ha destacado en innumerables ocasiones el importante papel que asume el principio de autonomía de la voluntad en la configuración de la Propiedad Horizontal<sup>15</sup>. De hecho, poco a poco, en la práctica notarial, se va imponiendo la inclusión en las escrituras de cláusulas al final de los contratos inmobiliarios o mercantiles, de sometimiento para resolver los conflictos o divergencias que surjan en los juzgados o Tribunales o arbitraje o mediación<sup>16</sup>.

Al analizar la introducción de las cláusulas de mediación en el ámbito de la Propiedad Horizontal, hay que detenerse en el estudio de dos cuestiones: una, qué materias van a poder ser objeto de mediación y dos, quién o quiénes van a ser los encargados de llevarla a término.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, hay que hacer referencia al alcance de la autonomía de la voluntad de los propietarios en este tema.

El poder de disposición de las partes debe existir para que el asunto sea susceptible de conciliación o de mediación (también de arbitraje). En materia de propiedad horizontal debe tenerse en cuenta en primer lugar lo que dispone el art. 396 *in fine* Cc: “Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales espaciales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad

<sup>14</sup> *Vid.* STS 28 enero 1994 (RJ 1994/571), en referencia a la morosidad en el pago.

<sup>15</sup> Por ejemplo, la STS 27 julio 1976 (RJ 1976/1928) sostiene que “evidentemente, una de las varias características de la Propiedad Horizontal es la de estar regida por normas de Derecho necesario. Ahora bien, ello no implica que, respecto a dicha clase de Propiedad, no sea de aplicación, en ningún caso, el principio de la autonomía de la voluntad del Cc, porque según se expresa en la Disposición transitoria de la Ley mencionada, los Estatutos aprobados por la Junta de Propietarios podrán ser aplicados cuando no contradigan lo establecido en la misma. En la Exposición de Motivos de esa Ley especial se admite «que por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de Derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley”.

<sup>16</sup> J.C. Martínez Ortega, *División Horizontal y Obra Nueva: Formalización notarial e inscripción registral*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 359.

de los interesados". Por tanto, en materia de propiedad horizontal determinados asuntos serán conciliables, mediables o arbitrales por darse tal libre poder de disposición<sup>17</sup>. Autonomía de la voluntad reflejada en la LPH cuyo límite en el respeto al derecho necesario, o normas de *ius cogens*, se pueden encontrar en su Exposición de Motivos y en sus arts. 5 y 6<sup>18</sup>. En este sentido se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 junio 1999<sup>19</sup> que apunta a la constante doctrina del Tribunal Supremo en orden a declarar la nulidad de las cláusulas estatutarias que contradigan lo dispuesto en el art. 5 LPH

"... declarando la nulidad de cláusulas estatutarias que contradigan lo dispuesto en el art. 5 de la citada Ley, puesto que priman sobre el citado principio de autonomía de la voluntad las relaciones de vecindad y es evidente que la aplicación del principio de seguridad jurídica y de igualdad se hace imprescindible en supuestos como el presente, a fin de evitar resultados contradictorios en relaciones presididas no por el principio de autonomía de la voluntad sino por el de conservación y mantenimiento de unas normales relaciones de vecindad"

para añadir que

"... tal concepción, por cierto, no sólo es ratificada, sino que se acrecienta con la reciente modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por Ley 8/1999, de 6 de abril, puesto que ya desde su Exposición de Motivos se apunta a una sustitución de la clásica concepción de propiedad espacial de la comunidad de propietarios por una concepción de comunidad vecinal de base corporativa, con estructura organizativa democrática reconocida y amparada por la Ley".

La posibilidad de introducir cláusulas de arbitraje o mediación en el régimen jurídico de la propiedad horizontal a través de los Estatutos de comunidad se ha visto reforzada y justificada por la posición del Tribunal Supremo a este respecto, tal y como se aprecia en su resolución de 27 septiembre 2006<sup>20</sup> ya que:

---

<sup>17</sup> C. Serrano Hoyo, "Resolución no jurisdiccional de controversias en el ámbito de la propiedad horizontal", *Estudios sobre propiedad horizontal* (S. San Cristobal Reales, coord.), Madrid, 2009, p. 1153.

<sup>18</sup> J.A. Pérez Miralles, *op. cit.*, p. 188.

<sup>19</sup> AC 1999/6093.

<sup>20</sup> RJ 2006/8627. Criterio mantenido por las SSAAPP Almería 25 octubre 2007 (JUR 2008/218991) que sostiene que "las actuaciones que surjan entre propietarios, o entre estos y la Comunidad, se resolverán por medio de arbitraje, de acuerdo con la Ley". Nos encontramos, por tanto, con una disposición que vincula a todos los copropietarios de la Comunidad; "norma" que no está prohibida, por la Ley reguladora de la propiedad horizontal (Ley 49/00 y posteriores reformas), que, antes bien, la contempla expresamente como adecuada forma de resolver los conflictos entre comuneros: (art. 10.3º. "En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar, resolverá lo procedente la Junta de Propietarios. También podrán los interesados solicitar 'arbitraje'; o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley"), Madrid de 28 enero 2008 (La Ley 5839/2008) y de 26 julio 2011 (JUR 2011/438030) que ratifica este criterio al señalar que "Pero de la misma forma que es posible que el título constitutivo de la propiedad establezca el arbitraje también lo es que el mismo pueda ser acordado por los comuneros en cualquier Junta, posibilidad igualmente prevista en la Exposición de Motivos de la misma ley cuando permite que "por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de Derecho Necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley", y autorizada

“...la normativa especial que rige el régimen de la propiedad horizontal no se limita a establecer reglas orientadas a regular la utilización de los elementos comunes y el conjunto de derechos y deberes de los propietarios con relación a los mismos, sino que trasciende ese limitado ámbito para alcanzar al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y también por tanto, de responsabilidad que recae no solo sobre los elementos comunes, sino también por los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar ya no la mera coexistencia de intereses económicos, sino un auténtica comunidad de vida. Lo que explica por qué los estatutos pueden válidamente contener una cláusula de sumisión a arbitraje...”.

Incluso cabe la posibilidad de una sumisión tácita al arbitraje y la mediación, como es el caso del SAP Madrid de 5 octubre 2009<sup>21</sup>.

En el ámbito de la propiedad horizontal, habrá supuestos que no son susceptibles de conciliación ni de mediación o arbitraje por tratarse de supuestos de Derecho necesario, como por ejemplo la impugnación de acuerdos<sup>22</sup> o todo lo relacionado con la convocatoria y funcionamiento de las juntas de comunidad de propietarios<sup>23</sup>.

Las materias que por no tener la naturaleza de Derecho necesario pueden ser objeto a modo de ejemplo, podemos citar:

- Los conflictos entre los propietarios o entre alguno de ellos y la comunidad por incumplimiento de las obligaciones de adecuado uso y mantenimiento en buen estado de los elementos privativos y comunes impuestas por los arts. 7 y 9 LPH.
- Los conflictos derivados de la reclamación de deudas del art. 21 LPH por incumplimiento de los dueños de su obligación de contribuir al sostenimiento del inmueble y al fondo de reserva.
- Las reclamaciones de los propietarios contra las actuaciones de los órganos de gobierno unipersonales.
- La fijación de la cuota de participación de los diferentes pisos o locales.
- La determinación de la naturaleza de las obras y actuaciones contempladas en los arts. 10 y 17 LPH.

---

por lo dispuesto en el art. 396 Cc. que señala que “esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados” y por el art. 14.c) LPH. que señala con relación a la competencia de las Juntas de Propietarios, que tienen las de “conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la Comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común”. Queda por tanto al arbitrio de los comuneros establecer el arbitraje en los estatutos, o aprobarlo en la junta de propietarios, bastando en este último caso para su establecimiento la mayoría simple del art. 17.3ª LPH. (mayoría del total de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación) pues dicho acuerdo no se puede encuadrar en ninguno de los supuestos configurados como acuerdos especiales”.

<sup>21</sup> JUR 2010/21284.

<sup>22</sup> SAP Alicante de 11 junio 2002 (AC 2002/1237).

<sup>23</sup> STS de 29 octubre 1993 (RJ 1993/ 8165).

- La mediación ante la imposibilidad de lograr un acuerdo por la Junta de propietarios.
- Las reclamaciones de la comunidad frente a terceros.

En cuanto a la competencia para solicitar la mediación, tanto si la comunidad intenta la conciliación como si se solicita respecto a ella, debe resolverse a quien corresponde el poder de disposición de la comunidad que, como sabemos, no tiene personalidad jurídica: el Presidente la representa en juicio y fuera de él, pero la Junta de Propietarios es el órgano de gobierno colegiado que debe conocer y decidir de los “asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común”, según el art. 14.e) LPH. Por tanto, salvo que exista un acuerdo previo de la Junta de Propietarios que faculte al Presidente a negociar o, mejor dicho, a disponer de los intereses en juego hasta determinado punto, parece que lo acordado por el órgano de gobierno unipersonal de la comunidad con la otra parte en conflicto (sea propietario o tercero) está sujeto a la aprobación de la Junta de Propietarios. La transacción de la comunidad necesita manifestación de la voluntad de transigir de la misma, no bastando la voluntad de la persona física que actúa por ella en el acto de conciliación judicial, sino la de la Junta de Propietarios a cuya sesión todos habrán sido convocados para que puedan expresar su parecer sobre la transacción<sup>24</sup>.

En lo relativo al perfil del mediador en materia de propiedad horizontal, entiendo que dada la especialidad de la materia sería conveniente que el mediador fuera un profesional conocedor de la materia y en contacto con la realidad y problemática de las comunidades de propietarios, por ejemplo, el administrador de fincas<sup>25</sup>.

Para concluir sólo cabe reseñar la necesidad y eficacia de la mediación como fórmula de resolución de conflictos no jurisdiccional en las relaciones de vecindad y del propio régimen de Propiedad Horizontal.

### Bibliografía

- BASTANTE GRANELL, V.: “Mediación Hipotecaria: Una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales del Derecho*, nº 31, 2013, pp. 185 ss.
- CREMADES, B.M.: “El Convenio arbitral”, *Diario La Ley* nº 5754, 4 abril 2003,
- MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: *División Horizontal y Obra Nueva: Formalización notarial e inscripción registral*, Madrid, Dykinson, 2015.
- PÉREZ DAUDÍ, V.: “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, *Diario La Ley*, nº 8541, Sección Tribuna, 18 mayo 2015.

---

<sup>24</sup> C. Serrano Hoyo, *loc. cit.*, p. 1158.

<sup>25</sup> A título de ejemplo, cabe citar, el Reglamento del Centro de Mediación Inmobiliaria (CEMEI), Colegio de Administradores de Fincas de Valencia (Valencia–Castellón).

PÉREZ MIRALLES, J.A.: *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 159.

REY BARBA, S.: "¿Es posible el arbitraje hipotecario?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 758, 2016, pp. 3182 ss.

SERRANO HOYO, C.: "Resolución no jurisdiccional de controversias en el ámbito de la propiedad horizontal", *Estudios sobre propiedad horizontal* (S. San Cristobal Reales, coord.), Madrid, 2009.