

La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria¹.

The mortgage mediation: the best option against foreclosure procedures.

Ana Isabel Blanco García

Profesora Ayudante Doctor en Derecho Procesal
Universitat de València
A.Isabel.Blanco@uv.es

Fecha de Presentación: abril 2015. Fecha de Publicación: septiembre 2015.

Resumen.

El presente artículo analiza la importancia y avance de los medios de tutela extrajudicial para resolver conflictos nacidos en el seno de la contratación bancaria, en especial, de la intermediación hipotecaria en caso de que el deudor se halle en riesgo de exclusión social. En concreto, este trabajo se centra en las cuestiones más relevantes de este procedimiento, tales como el contenido de la intermediación y su ámbito de aplicación, las pautas procedimentales, el papel del tercero mediador y los posibles acuerdos o soluciones al conflicto hipotecario.

¹Artículo realizado en el marco de los Proyectos de Investigación MEC/DER2010-17126: «La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI» y DER 2013-44749-R («Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: integración, `glocalización`, derecho público y ODR como algunos de sus retos». Directora: Dra. Silvia Barona Vilar.

Abstract.

This paper analyses the relevance and progress reached by the non-judicial means of dispute settlement of conflicts arising out of the banking contracts, especially, the mortgage brokerage transactions. In particular, the study focuses on some relevant issues of this procedure such as the content of the mortgage brokering, its scope of application, the procedural guidelines, the role of the mediator and the possible agreements may be adopted.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. AVANCE DE LAS VÍAS DE TUTELA EXTRAJURISDICCIONAL COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO BANCARIO, EN ESPECIAL, LA MEDIACIÓN.
- III. EL CONFLICTO HIPOTECARIO: UNA APROXIMACIÓN.
- IV. LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA. LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EFICAZ.
 1. La intermediación como iniciativa de protección del deudor hipotecario. La creación de los Servicios de mediación hipotecaria.
 2. Concepto de intermediación hipotecaria.
 3. Ventajas y finalidad.
- V. ¿MEDIACIÓN O NEGOCIACIÓN ASISTIDA? UNA CATEGORÍA SUI GENERIS.
- VI. PROCEDIMIENTO DE INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA.
- VII. POSIBLES SOLUCIONES AL CONFLICTO HIPOTECARIO.
- VIII. VALORACIÓN.

Palabras clave

Ejecución hipotecaria, deudor hipotecario, intermediación, protección del ejecutado.

Keywords

Foreclosure proceeding, mortgagor, mortgage brokerage transactions, mortgagor protection.

I.- INTRODUCCIÓN.

Más de un lustro de crisis se ha revelado dramático para la sociedad española, pues una de las consecuencias de esta crisis ha sido la pérdida de los puestos de trabajo, con la consiguiente insolvencia económica de las personas afectadas y, por ende, el aumento de las dificultades para hacer frente a los pagos de las cuotas de las hipotecas. Pero, sobre todo, la crisis ha sido devastadora para un sector de la población cada vez más numeroso, que no solo debe hacer frente a una situación prolongada de desempleo, sino también al hecho de no quedarle más patrimonio que su vivienda hipotecada que está siendo objeto de un proceso de ejecución.

Así las cosas, además de la difícil situación económica, estos deudores viven un auténtico drama al saber que, con gran probabilidad, van a perder aquello por lo que tanto lucharon y trabajaron: sus viviendas, sus hogares.

Esta realidad acuciante ha supuesto una transformación sin parangón en la concepción de los clientes bancarios, pero también de la sociedad en su conjunto, muy solidarizada con sus conciudadanos, sobre el funcionamiento del sistema financiero y sobre el sentido de la Justicia. En efecto, los consumidores son más conscientes de sus derechos, resultando necesario abordar el problema desde un enfoque integral, mediante el que se trate de dar una respuesta válida, eficaz y adaptada a las nuevas necesidades y características de una sociedad sumida en una profunda crisis que ya ha traspasado los lindes puramente económicos, donde el derecho constitucionalmente protegido a poseer una vivienda digna es vulnerado y violentado todos los días. Así pues, en esta coyuntura tan crítica, en la que se requiere una respuesta por parte del ordenamiento jurídico, los Tribunales de Justicia han demostrado ser inoperantes, no solo debido al colapso consecuencia de la excesiva carga de trabajo, sino también a la rigidez que

caracteriza su estructura y funcionamiento, lo que ha impedido resolver los problemas surgidos en esa crisis sin precedentes. En consecuencia, las ADR han resurgido en este sector, tan reticente a su utilización, con el propósito de afrontar esta realidad social y jurídica tan compleja y necesitada de una Justicia eficaz, siendo la mediación –cuya flexibilidad ha facilitado su adaptación al nuevo marco jurídico-social– el medio de tutela que se ha revelado como idóneo y más eficaz para paliar y mejorar las circunstancias económicas y personales de los deudores afectados.

El presente trabajo propone una reflexión sobre la importancia de los medios de tutela extrajudiciales en el marco de la contratación bancaria, en concreto, de la intermediación hipotecaria. Precisamente, se trata de observar las peculiaridades de este nuevo procedimiento que se ha erigido desde sus inicios como un valioso medio de protección de los deudores hipotecarios frente al riesgo de exclusión social que conllevaría la pérdida de su vivienda habitual en un proceso de ejecución hipotecaria.

II.- AVANCE DE LAS VÍAS DE TUTELA EXTRAJUDICIAL COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO BANCARIO, EN ESPECIAL, LA MEDIACIÓN.

Es cierto que conflictos con entidades de crédito han existido siempre, pero no lo es menos que no son resultado directo de la crisis. En efecto, el funcionamiento de la banca no es infalible, más bien al contrario, presenta importantes fallos y deficiencias cuyas consecuencias inciden negativamente sobre el estatus del consumidor, agravando su situación económica, ya de por sí mermada a causa de la crisis laboral.

Es necesario partir de la premisa de la existencia de un desequilibrio entre las partes contractuales. Así pues, las entidades de crédito siempre han sido –y son– la parte fuerte de la relación contractual, ostentan todo el poder y, en no pocas ocasiones, abusan del mismo para obtener mayores beneficios, pues no podemos olvidar que estamos ante empresas de naturaleza jurídico-privada cuyo objetivo principal es la rentabilidad. Ahora bien, la consecución de este objetivo no debe, en ningún caso, suponer un menoscabo en los derechos e intereses de los clientes bancarios. Sin embargo, la realidad es otra, pues desde que comenzara la crisis en 2007, las entidades de crédito han implementado y desarrollado políticas de actuación y de comercialización cuanto menos controvertidas. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la

suscripción de participaciones preferentes² o en las injusticias consecuencia de la inclusión de las cláusulas suelo³ en los contratos con garantía hipotecaria. La otra cara de la moneda viene representada por los consumidores, quienes han tenido que lidiar con algunos de los conflictos bancarios más importantes de los últimos tiempos, no solo por la gravedad en sí del problema, sino también por la magnitud de sus efectos, afectando a miles de consumidores.

Al respecto, cabe plantearse cuáles han sido las razones que han motivado que salgan a la luz todos estos conflictos aun cuando este desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes se había convertido, con el paso del tiempo, prácticamente en una cualidad inherente a la contratación bancaria. Pues bien, puede ser debido a que nunca han tenido la trascendencia económica, social e incluso, política, que están teniendo en la actualidad, bien porque se trataba de mantenerlos ocultos a la opinión pública, bien porque no existía una concienciación como sí la hay actualmente sobre la legitimación activa de los consumidores para la defensa de sus legítimos derechos e intereses cuando éstos hayan sido vulnerados.

Así las cosas, la relativa normalidad y, por qué no decirlo, seriedad, que había caracterizado al sistema bancario en el principio de la década de los 2000, se ha visto alterada por las erráticas políticas de actuación y comercialización que han desarrollado las entidades de crédito. Políticas controvertidas que han venido ocupando numerosos titulares de telediarios, periódicos y demás medios de comunicación, incluyendo por supuesto Internet y las redes sociales, que se han convertido en un vehículo de transmisión eficaz y rápido de la información. Este alcance e impacto de algunos conflictos debe entenderse en el contexto socio-económico actual. En época

² “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, “«Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, págs. 34-37; CABALLERO GARCÍA, “Capítulo 4. Doctrina jurisprudencial sobre las participaciones preferentes”, en *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. SANJUÁN Y MUÑOZ), Bosch, Barcelona, 2013, págs. 147-187.

³ “La finalidad de estas cláusulas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero”, GARCÍA MONTORO, “La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, pág. 240. Ello por cuanto debe “asegurar un rendimiento mínimo del activo (el préstamo) que permita recuperar los costes de producción y mantenimiento en los que incurre el Banco en la financiación del cliente”. YANES YANES, “El control de la «cláusula suelo»”, *El Notario del Siglo XXI: Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 43, 2012.

de bonanza quizá, y solo quizá, estos problemas hubieran continuado teniendo efectos negativos, no así devastadores, porque en una coyuntura tan crítica como la actual han arrasado con las economías domésticas pero también con la confianza de los consumidores en el sistema bancario. Confianza en la que depende, en cierta medida, el buen funcionamiento y la estabilidad del propio sistema.

Con todo, independientemente de la gravedad del problema, cuando un consumidor sufre un perjuicio por culpa de la actuación o política seguida por la entidad de crédito, los poderes públicos tienen la obligación de haber dispuesto mecanismos eficientes para remediar y compensar el daño causado, siguiendo por tanto la máxima ubi ius ibi remedium, esto es, “donde hay derecho, hay acción”. Esta máxima de la defensa de los consumidores y usuarios ha venido recogida en nuestro ordenamiento como principio rector de la política social y económica, en virtud del artículo 51.1 de la Constitución Española, a partir de la cual comenzó a construirse todo un régimen legal destinado a dar respuesta a una realidad social innegable: la necesidad de una especial protección y del reconocimiento de la legitimidad para la defensa de sus legítimos derechos e intereses (económicos), con el propósito de contrarrestar el desequilibrio contractual respecto de la entidad de crédito.

En este momento es necesario plantearse qué acciones e instrumentos jurídicos se encuentran disponibles en nuestro ordenamiento para hacer valer nuestros derechos cuando éstos han sufrido un menoscabo por las actuaciones de las entidades de crédito. Pues bien, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, en el marco de la actividad bancaria y financiera, las instituciones se han mostrado extremadamente reacias a la aplicación de técnicas ADR⁴ (Alternative Dispute Resolution Mechanisms)⁵ para resolver cualquier clase de disputa. No obstante, los tribunales ordinarios han dejado de dar respuesta a estos problemas y, sobre todo, en un momento en el que la economía está tan afectada, no es viable (o incluso moralmente aceptable) someter a los consumidores a un proceso costoso y lento donde, con una gran

⁴ A pesar del uso generalizado de las siglas “ADR”, se utilizan otros términos que igualmente designan este tipo de técnicas extrajudiciales, tales como “TARC” (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos), “MESC” (Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos), “MREC” (Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos), “MASC” (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) o “MARC” (Medios Alternativos de Resolución de Conflictos).

⁵ Para un estudio profuso sobre el tema, véanse, BROWN, MARRIOTT, ADR principles and practice, Sweet&Maxwell, Reino Unido, 2011; BLAKE, BROWNE, y SIME, Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, Oxford University Press, Oxford, 2011; BARONA VILAR, Solución extrajudicial de conflictos, “Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999 y CONNERTY, “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, Arbitration International, vol. 12, núm. 1, 1996, págs. 47-55.

probabilidad, en el momento de dictar sentencia el daño sería irreparable o se hubiera agravado excesiva e innecesariamente. En este sentido, la necesidad de una Justicia eficaz que dé respuesta a estos problemas que han pasado de ser puramente económicos a tener tintes sociales e incluso políticos, es lo que ha propiciado un cambio de criterio en la gestión del conflicto. Este giro desde una mentalidad altamente litigiosa a la búsqueda de una solución al margen de los tribunales, pacífica, que hace décadas se produjo en otros sectores, se está produciendo ahora en el marco de la contratación bancaria, obteniéndose resultados altamente positivos y devolviendo la fe de los consumidores en la Justicia eficaz, sea judicial o extrajudicial.

Así las cosas, con la salvedad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, cuya competencia recae sobre los tribunales ordinarios de justicia, los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos están ganando terreno a los judiciales por estar basados en criterios de racionalidad y de equidad. Así, por ejemplo, la grave controversia relativa a la suscripción de participaciones preferentes ha sido resuelta, aparte de por la vía judicial, a través del arbitraje, en concreto, del arbitraje de consumo que, además, presenta la gran ventaja de ser accesible y gratuito para los consumidores.

De igual forma, el problema de los lanzamientos y desahucios, quizás el más importante de los últimos tiempos que ha enfrentado a los consumidores con las entidades de crédito por sus implicaciones no solo económicas, sino también sociales y psicológicas, y del que la inclusión de cláusulas suelo es solamente una pieza más del puzle, se ha convertido en el verdadero quebradero de cabeza de los consumidores, en especial de los deudores hipotecarios, pero también de las entidades de crédito, por cuanto su interés no pasa por convertirse en grandes inmobiliarias –que lo son– sino que buscan recuperar el dinero prestado. En este caso ha sido la mediación, si bien una mediación con muchos matices, la vía por la que se trata de dar salida a este problema, así como de contribuir en la mejora de la situación del deudor hipotecario que recurre a este procedimiento.

III.- EL CONFLICTO HIPOTECARIO.

Para comprender la razón de ser de esta nueva vía de tutela extrajudicial, exclusiva para resolver conflictos nacidos en el seno de un contrato con garantía hipotecaria y derivados de la

posibilidad de perder la vivienda, es necesario realizar una aproximación al conflicto hipotecario, en concreto, a su origen y particularidades.

El elevado número de procesos de ejecución como consecuencia de los impagos de las cuotas de las hipotecas se ha convertido en uno de los conflictos más graves que ha sacudido la estabilidad del sistema financiero español, al suponer la exclusión económica y social de una parte de la población. En efecto, los desahucios y ejecuciones hipotecarias se han convertido en el gran lastre de nuestra sociedad reciente que, sin duda, ha evitado nuestra salida de esta crisis.

Cualquiera podría decir que impagos de las cuotas de hipotecas ha habido siempre, al igual que desahucios, por lo que debemos plantearnos las razones por las que estos deudores son merecedores de una solución rápida, eficaz y específica. Pues bien, la magnitud del problema ha sido la causa por la que los poderes públicos han decidido tomar las medidas oportunas para tratar de erradicarlo, con mayor o menor fortuna, aunque lo importante es que se han desarrollado e implementado mecanismos de tutela que garantizan un estándar mínimo de protección.

Precisamente, las cifras de procesos de ejecución son escalofrantes. Según datos proporcionados por 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, tanto en fincas rústicas como urbanas⁶, cifra incluso más elevada que la registrada en el trimestre anterior (32.565), lo que supone que numerosas familias han perdido todos sus bienes, quedando aislados y desprotegidos ante un sistema que, hasta cierto punto, ha “cuidado” los intereses de las entidades de crédito en perjuicio de los clientes, sufridores de los abusos cometidos por aquellas, así como de las infracciones y vulneraciones de la normativa sobre transparencia y protección del consumidor.

Para entender el origen del conflicto hipotecario español debemos remontarnos a 2007, a la crisis económica derivada de las hipotecas subprime de EE.UU. Los créditos subprime eran un tipo especial de crédito hipotecario pero de elevado nivel de riesgo por su baja calificación

⁶ Las CC.AA. que registraron un mayor número de desahucios son Andalucía (7.703), Cataluña (5.696) y Comunidad Valenciana (5.365), siendo Melilla (2), Ceuta (9) y La Rioja (101) las CC.AA. con menor índice de ejecuciones hipotecarias. Datos estadísticos obtenidos en: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft30%2Fp153&file=inebase&L=0>.

crediticia⁷, dirigidos a clientes de baja solvencia económica, lo que hacía presagiar su incapacidad para sufragar las cuotas de tales préstamos en un escenario de inestabilidad financiera. Sin embargo, a pesar de tratarse de productos bancarios y financieros de dudosa calidad en términos de rentabilidad económica a largo plazo respecto del riesgo asumido, fueron colocados en el mercado como productos con una buena calificación crediticia según los criterios de las agencias de rating, cuyos intereses estaban más en la línea de los intereses de las entidades de crédito que en los intereses generales o, incluso, que en la estabilidad financiera a largo plazo⁸.

Por su parte, España vivía sumida en una época de bonanza económica, donde el sector financiero canalizó su financiación en el sector de la construcción, produciéndose el fenómeno llamado “fiebre del ladrillo”, consecuencia además de la expansión del crédito por los bajos tipos de interés que generaron, a su vez, una reducción de la percepción del riesgo y propiciaron la especulación de los inmuebles cuya repercusión recayó en el incremento de sus precios, creándose la denominada “burbuja inmobiliaria”.

Sin embargo, esta época dorada en España acabó drásticamente por el contagio de la crisis de EE.UU. y la explosión de la burbuja inmobiliaria en 2008, cuya primera consecuencia fue la paralización inmediata de la construcción, con la consecuente destrucción de todos los empleos creados, así como la desaparición de comercios relacionados con la construcción. Esta crisis laboral es la que más mella ha causado en la sociedad y la que más ha contribuido (negativamente) en el estado de sobreendeudamiento de las economías españolas, pues es 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 al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios⁹.

⁷ Numerosos bancos y entidades de inversión tenían parte de sus activos comprometidos en esta clase de hipotecas de alto riesgo, lo que ocasionó una contracción del crédito (credit crunch), motivo de la desconfianza de los clientes bancarios y de la quiebra de las Bolsas. Todo ello no hizo sino paralizar las transacciones de activos en el mercado interbancario, lo que ocasionó una crisis de liquidez que afectó a los grandes bancos que requirieron de operaciones de rescate o refinanciación por parte de los Bancos Centrales Nacionales. El ejemplo más flagrante de las consecuencias de esta falta de liquidez lo encontramos en el caso del Banco de inversiones Merrill Lynch, que llegó a asumir en 2007 pérdidas de casi 8000 millones de dólares.

⁸ GARCÍA MONTALVO, “Crisis financiera, reacción regulatoria y el futuro de la banca en España”, Estudios de Economía Aplicada, op. cit., págs. 503-504.

⁹ Nótese que el sobreendeudamiento de las familias deriva de la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo) y no de la asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo). Sobre la distinción entre ambos tipos de sobreendeudamiento, véase, TRUJILLO DÍEZ, El sobreendeudamiento de los consumidores. (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la

No se trata, éste, de un problema estrictamente económico, pues también presenta tintes sociológicos e, incluso, psicológicos dada la afección sobre el estado de ánimo de los deudores hipotecarios. Así es, a pesar –o a causa– de la crisis hipotecaria en la que está sumido nuestro país, ha surgido un fenómeno de solidaridad de la sociedad en conjunto a favor de la protección de estos consumidores. Movimiento que ha dado lugar a la creación de asociaciones de ciudadanos –afectados o no por un proceso de ejecución– contra los desahucios. La asociación más conocida lleva por nombre “STOP Desahucios”, también denominada Plataforma de Afectados por las Hipotecas (en adelante, PAH), que ha realizado una labor que ha devenido crucial en la paralización de numerosos desalojos de viviendas. Lo más destacable de este movimiento es el fuerte lobby existente contra las injusticias cometidas y, por ende, contra el abuso de poder de las entidades de crédito, pero también contra las actuaciones de los poderes públicos.

IV.- LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA.

Este mecanismo de tutela extrajurisdiccional se ha erigido como una vía eficaz para dar solución a los conflictos hipotecarios cuando el deudor es especialmente vulnerable o se encuentra en riesgo de exclusión social. Para comprender mejor los motivos de su éxito, debemos analizar el concepto, las características y las fases en que se divide este nuevo procedimiento.

1. La intermediación como iniciativa de protección del deudor hipotecario. La creación de los Servicios de mediación hipotecaria

Nos encontramos sumidos en un periodo convulso en el que, además de las disputas habituales derivadas de la operatividad diaria de la entidad, tales como el pago de comisiones, gestión de recibos, medios de pago, etc., han confluído tres gravísimos conflictos: la venta y comercialización de participaciones preferentes, la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de hipoteca y, por último pero no por ello menos importante, el elevado número de ejecuciones hipotecarias.

A pesar de las medidas adoptadas tanto en el plano legislativo como en el ejecutivo, tales como la aprobación de los Códigos de Buenas Prácticas, no se ha logrado corregir la situación y paliar

Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Comares, Granada, 2003, págs. 2-4.

los efectos negativos de la pérdida de la vivienda como resultado de su realización, lo que no supone sino una total desprotección del derecho constitucional a una vivienda digna¹⁰.

Entre las medidas económicas destacan la compra, por parte del Ministerio de Vivienda, de suelo para vivienda protegida; el impulso a las viviendas de protección oficial (en adelante, VPO), ampliando los requisitos para su solicitud con el fin de elevar el número de beneficiarios; la promoción de las VPO de alquiler con opción a compra y, por último, la apertura de una línea de crédito a través del ICO.

Por otro lado, en el plano legislativo, destaca la intención del Gobierno de mejorar la situación jurídico-económica de los deudores mediante la aprobación del 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 administrativa¹¹, del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹² (en adelante, RD-Ley 6/2012), por el que se regulaba el Código de Buenas Prácticas, y del Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios¹³ (en adelante, RD-Ley 27/2012).

¹⁰ El artículo 47 de la Constitución establece que “[T]odos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Asimismo, este derecho ha sido recogido, por un lado, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículo 11), donde se establece que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, que le asegure una vivienda adecuada.

¹¹ 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.

¹² BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012.

¹³ 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

Así las cosas, la ineficacia de las medidas adoptadas para garantizar una resolución satisfactoria para ambas partes –deudor hipotecario y entidad de crédito– conllevó la búsqueda de soluciones alternativas que fueran no solo eficaces, sino también operativas y adaptadas al panorama socio-económico de crisis. En este contexto han emergido iniciativas que consisten en la intermediación o negociación con las entidades de crédito de fórmulas que eviten que el deudor hipotecario se vea inmerso en un proceso de ejecución. Estas iniciativas se engloban en lo que se conoce como intermediación hipotecaria¹⁴, denominada en sus inicios mediación hipotecaria, que ha demostrado ser una vía extrajudicial eficaz por los beneficiosos resultados para los deudores hipotecarios que la han utilizado.

En consecuencia, los poderes públicos han apostado por el desarrollo de esta técnica mediante la creación y consolidación de Oficinas de Mediación especializadas en conflictos hipotecarios, cuya labor difiere de la realizada por las PAH, con mayor labor social. Precisamente, Cataluña fue la pionera en instaurar, en enero de 2010, su Oficina de Intermediación Hipotecaria bajo la denominación de Ofideute¹⁵, que depende de la Agencia de Vivienda de la Generalitat de Cataluña. También merece destacarse la labor de la Oficina Municipal de Mediación Hipotecaria del Excmo. Ayuntamiento de Torrelavega¹⁶, resultado de la propuesta presentada por la Asociación de Mediación de Cantabria (AMECAN) y puesta en marcha en septiembre de 2011.

Asimismo, el 2 de mayo de 2012 se creó, en el País Vasco, el Servicio de Mediación Hipotecaria, dependiente del Departamento de Justicia y Administración Pública, que constituye el eje central del Servicio de Ayuda al Sobreendudamiento Familiar del Gobierno. Estos son solo algunos ejemplos de Oficinas de Mediación Hipotecaria que han sido creados por los Gobiernos

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”.

¹⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, “La negociación y mediación hipotecaria”, Anuario de mediación y solución de conflictos, núm. 1, 2013, págs. 81-107 y CRUZ ZABAL. y COBAS COBIELLA, “¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?”, en Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad, (coords. ORTEGA GIMÉNEZ y COBAS COBIELLA), Economist & Jurist, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, págs. 353-370.

¹⁵ Se trata de un servicio de información y asesoramiento dirigido a las familias con dificultades para atender el pago de los préstamos hipotecarios y que se encuentran, por esta causa, en riesgo de perder su vivienda principal. Para mayor información, véase su página web oficial: http://www.agenciahabitatge.cat/wps/portal?WCM_GLOBAL_CONTEXT=ca/ahc/web/serveis/ciutada/ofideute.

¹⁶ Sobre el procedimiento seguido por esta Oficina de Mediación hipotecaria, véase, CEBALLOS PEÑA, “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, Revista de Mediación, año 6, núm. 12, 2013, págs. 24-26.

autonómicos para dar respuesta a las necesidades de sus ciudadanos afectados por la crisis hipotecaria.

La actividad de estos Servicios no queda constreñida a la intermediación entre el cliente y la entidad bancaria, sino que abarca, además, funciones de asesoría del deudor interesado, así como las actividades requeridas para salvaguardar la residencia única y habitual. Así pues, las entidades y organismos de intermediación ante casos de desahucios desarrollan su actividad con base en tres ejes principales: la prevención a través del asesoramiento, la intermediación y la protección del deudor y de su vivienda objeto de garantía hipotecaria.

La repercusión y difusión de los buenos resultados de estas Oficinas ha llevado a la implantación de Servicios de Intermediación a cargo de los Colegios de Abogados de las distintas Comunidades Autónomas¹⁷, enmarcados estructuralmente en los Servicios de Mediación preexistentes. Aunque estos Servicios deriven de aquellas Oficinas y, por tanto, hayan adoptado el mismo modelo, presentan diferencias importantes en lo que respecta al procedimiento seguido, reflejadas en la propia denominación –Mediación vs. Intermediación–. En efecto, el procedimiento que rige en las originarias Oficinas de Mediación busca, en teoría, aproximarse a una mediación stricto sensu, mientras que la técnica empleada por los Colegios de Abogados y otros colectivos se asemeja a una negociación asistida. No obstante, aunque pareciera que estamos ante dos realidades distintas, la práctica ha reflejado que en realidad estamos ante una “intermediación hipotecaria”.

2. Concepto de intermediación hipotecaria.

La mediación viene definida en el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁸ como aquel “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador”. Carnelutti entendía la mediación como aquella “intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a una composición justa”¹⁹. Por tanto, suele decirse que la mediación²⁰ es una especie

¹⁷ A título de ejemplo, véase el Servicio de Intermediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV), en: <http://www.mediacion.icav.es/subcontenido.php?idioma=es&menucat=3&id=15>.

¹⁸ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

¹⁹ CARNELUTTI, Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pág. 203.

de negociación asistida²¹, donde las partes son las que negocian una solución, pero ahora asistidas por un tercero imparcial que les ayudará y guiará en su camino al consenso.

Centrados en el ámbito hipotecario, la mediación 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 habitual²².

En los albores del desarrollo de este nuevo mecanismo de tutela se produjo un intenso debate sobre su naturaleza jurídica, siendo concebida, por un lado, como una subespecie de mediación, incardinada en el marco de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y, por tanto, sujeta a la regulación de la Ley 5/2012 y, por otro lado, dentro de la categoría de mediación de consumo, excluida expresamente de la citada norma (artículo 2.2). Sin embargo, la realidad práctica del procedimiento ha manifestado la desvirtuación de esta institución de la mediación, no solo respecto del equilibrio de poder que debe existir en toda negociación sino también en el rol del mediador. De ahí que pasara a denominarse intermediación hipotecaria.

Ahora bien, lo que ha quedado claro es que su especialidad y peculiaridad han posibilitado su definición como una tipología propia de ADR autocompositivo, a caballo entre la negociación

²⁰ ETXEBERRIA GURIDI, "Análisis de la normativa autonómica sobre mediación en asuntos de derecho privado y la incidencia en ella de la normativa estatal", en Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?, (dir. ETXEBERRIA GURIDI). Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 191-253; ANTONIAZZI, "Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual", Revista General de Derecho Procesal, núm. 17, 2009; ERVO, "Mediación en los países escandinavos", en La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos, (dir. BARONA VILAR). Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 125-180; BELLOSO MARTÍN, "Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles", Revista electrónica de Direito Processual, vol. II, 2008, págs. 257-291 y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, "Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 11, 2007, págs. 27-48.

²¹ BARONA VILAR, "ADR y consumo: dos realidades complementarias", en Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo, op. cit., págs. 48-50.

²² BASTANTE GRANELL, "Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares", Anales de Derecho, núm. 31, 2013, pág. 7 y CASARES PINAL, "XVI. Mediación en materia hipotecaria", en La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario, (dir. CASTILLEJO MANZANARES). La Ley, Madrid, 2013, pág. 565.

asistida por un tercero y la mediación en sentido propio. Así es, como señala acertadamente Cobas, “la intermediación hipotecaria ha afluído como un concepto que toma desde nuestro punto de vista lo mejor de la mediación y una parte de las estrategias de la negociación. De ahí que hablemos de intermediación hipotecaria frente a la mediación tradicional, aunque ambas tengan como elemento común la existencia del conflicto”²³.

En consecuencia, estamos ante un procedimiento que posee autonomía propia²⁴, configurándose como una técnica híbrida, como una mediación sui generis que se asemeja más a la negociación asistida que a la mediación pero, en todo caso, se trata de una nueva categoría de ADR autocompositivo, que ha resultado altamente beneficiosa para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores²⁵.

3. Ventajas y finalidad.

El propósito de este procedimiento de intermediación hipotecaria consiste en evitar la ejecución hipotecaria que conlleve el embargo y desalojo de la vivienda mediante acuerdos entre la entidad de crédito y el deudor interesado. Aquí queda reflejada la labor de las Oficinas y Servicios de Intermediación de asesorar, intermediar y proteger, a través de la tutela del consumidor en su condición de parte débil de la relación obligacional.

Como hemos señalado supra, estamos ante una categoría propia de ADR, pero categorizada como autocompositiva. De este modo, se busca el restablecimiento del equilibrio en la relación contractual a través del acercamiento de las partes, que facilita que el acuerdo alcanzado resulte satisfactorio a los intereses de ambas, así como se garantiza la continuidad del derecho de disfrute de la vivienda al mantener la capacidad de pago de la hipoteca. De esta forma se garantizaría el derecho constitucional a una vivienda digna.

En otro orden, como técnica ADR debe regirse por unos principios básicos, que son los que siguen:

²³ COBAS COBIELLA, “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 160, 2014, pág. 19.

²⁴ En contra, BASTANTE GRANELL, “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, op. cit., págs. 11-12. El autor considera que esta técnica ADR no posee autonomía propia, sino que se incardina dentro de la mediación de consumo, instaurada en defensa de los intereses económicos de los consumidores en la fase de cumplimiento del préstamo hipotecario.

²⁵ TAMAYO HAYA, “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, vol. I, (coords. GARCÍA VILLALUENGA y TOMILLO URBINA), Madrid, 2010, pág. 243.

- 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.

Asimismo, presenta diversas ventajas. En primer lugar, destaca la voluntariedad y libertad de elección, dado que se trata de un procedimiento cuya efectividad subyace de la autonomía de la voluntad de las partes quienes, de manera voluntaria, aceptan participar en un proceso de mediación. Sin embargo, la necesidad de encontrar alternativas a la ejecución de la vivienda conlleva que esta intermediación sea asumida como obligatoria, pues se erige como la vía más eficaz para alcanzar algún acuerdo que contribuya a mejorar la situación de sobreendeudamiento y mantener así la vivienda.

En segundo lugar, la función de asesoramiento legal al deudor hipotecario por parte de los operadores jurídicos o instituciones que desarrollan el procedimiento supone una de sus principales atracciones. De esta forma se facilita al deudor la comprensión del lenguaje técnico empleado durante las negociaciones.

Por último, como vía de tutela extrajudicial, conlleva un considerable ahorro, tanto en tiempo como en costes económicos en comparación con los procedimientos judiciales, tales como el concurso de acreedores y la ejecución hipotecaria.

Todas estas ventajas constituyen los puntos fuertes que han inclinado la balanza a favor de la utilización de esta técnica de resolución de conflictos frente a las tradicionales mediación, conciliación o arbitraje para dar solución a la delicada situación de numerosos deudores que se han visto gravemente afectados por una coyuntura socio-económica deplorable.

V.- ¿MEDIACIÓN O NEGOCIACIÓN ASISTIDA? UNA CATEGORÍA PROPIA DE ADR.

Indicado supra, ante la avalancha de ejecuciones y desahucios de los últimos años, los poderes públicos eran conscientes de la necesidad de buscar nuevas vías de protección de los deudores hipotecarios desamparados por un marco normativo más protector de los intereses de las entidades de crédito que de los consumidores, debilitando aún más si cabe su posición contractual.

A tal fin, surgió un nuevo procedimiento, denominado mediación hipotecaria, a semejanza de las otras mediaciones especiales tales como la mediación civil o mercantil. Sin embargo, de igual forma que presenta ciertas similitudes con la técnica de la mediación, también lo hace respecto de la negociación, en este caso concreto, de la negociación asistida por un tercero imparcial.

Ahora bien, aunque estos tres medios de tutela coinciden en su consideración como técnicas autocompositivas, difieren en cuanto a las razones de su existencia. En efecto, por regla general, las ADR surgieron como vías alternativas (ahora más que alternativas, son consideradas complementarias) a la vía judicial, con el objetivo de garantizar la justicia eficaz a la par que liberar y descongestionar los tribunales. Por el contrario, la ahora denominada intermediación hipotecaria ha emergido como una respuesta específica para un problema coyuntural, el excesivo número de lanzamientos y desahucios. Sin embargo, su razón de ser nada tiene que ver con la desjudicialización, sino más bien con la estrategia de modernización de la Justicia, convirtiéndose en una de sus vertientes que no solo encuentra un fiel actor en la mediación, pues son varios los mecanismos que se emplean en aras de adaptar la justicia a un nuevo espacio de reflexión y de protección a los particulares, que supone un menor tiempo de espera para obtener una resolución satisfactoria²⁶.

Asimismo, las técnicas ADR en general y la mediación y la negociación en particular, han sido diseñadas con el propósito de resolver cuantas cuestiones surjan en un sector concreto, esto es, cabe la posibilidad de resolver cualquier conflicto familiar, sanitario, escolar, mercantil, etc., sea de la índole que sea. Por el contrario, 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, excluyéndose de las ventajas que ofrece este mecanismo a las segundas viviendas o residencias de verano, pues en estos casos se entiende

²⁶ A favor, COBAS COBIELLA, "Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema", Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 29, 2012, pág. 1.

que son viviendas de inversión y no concurre en el deudor hipotecario el requisito de encontrarse en riesgo de exclusión.

Por otro lado, es de sobra sabido que la relación contractual bancaria con consumidores se caracteriza por el desequilibrio de fuerzas que, sin embargo, las técnicas ADR tratan de eliminar para que, en un escenario de igualdad, las partes lleguen al consenso de forma satisfactoria para ambas. No obstante, durante la gestión del conflicto no se ha configurado esta igualdad como uno de los principios procedimentales en la intermediación hipotecaria, pues aquí también se parte de la premisa de que es la entidad quien sigue ostentando la capacidad de decisión final, quedando en su esfera competencial la posibilidad de flexibilizar las condiciones económicas del pago de la deuda.

Estrechamente relacionado con lo anterior, encontramos diferencias en cuanto a las características del tercero, pues mientras en la mediación y en la negociación asistida ese tercero debe reunir las cualidades de independencia e imparcialidad, en la intermediación hipotecaria las funciones del tercero son normalmente asumidas por un abogado –el abogado defensor del deudor–, posicionado claramente a favor del deudor (al que representa), de forma que hace las veces de asesor y consejero de las posibles medidas a adoptar para restablecer el equilibrio entre acreedor y deudor hipotecarios en la relación contractual. Aunque pudiera resultar extraña esta posibilidad porque las técnicas ADR van asociadas a la independencia, imparcialidad y neutralidad del tercero, la configuración en la práctica de este nuevo procedimiento así lo permite.

Otro de los requisitos exigidos para la figura del mediador es la capacitación técnica acreditada²⁷. Sorprende, empero, que a pesar de la especialidad y complejidad de la materia bancaria, en concreto la relativa a los contratos de crédito con garantía hipotecaria, ninguno de los protocolos de actuación de los Servicios y Oficinas de Intermediación se pronuncie en tal sentido. Así las cosas, los intermediarios deberían ser abogados con conocimientos en materia hipotecaria o economistas especializados en esta materia, en aras de asegurar la eficacia de las negociaciones, así como un resultado beneficioso para el deudor hipotecario afectado –o amenazado– con un proceso de ejecución hipotecaria sobre su vivienda habitual. Igualmente, en

²⁷ El artículo 11.2. de la Ley de Mediación señala que “el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

su función de gestores de conflictos, deberían acreditar su capacitación como mediadores o negociadores pues, aunque técnicamente no se configuren como tal, deben ser conocedores y saber aplicar las técnicas y habilidades de gestión del conflicto necesarias para cumplir el objetivo de acercar posturas y facilitar el acuerdo entre las partes.

En consecuencia, es posible afirmar que el procedimiento seguido en la gestión del conflicto hipotecario refleja la singularidad de esta nueva técnica ADR, catalogada, al igual que la mediación y la negociación a las que tanto se asemeja, como autocompositiva pero que, con diferencias en cuanto a su sustanciación, supone una vía de tutela extrajudicial de los consumidores de servicios bancarios, que podemos calificar de mediación sui generis.

VI.- PROCEDIMIENTO DE INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA.

Dado que estamos ante una técnica de reciente creación, nuestro ordenamiento carece de una regulación uniforme en esta materia, lo que abre la veda a que cada institución, Gobierno autonómico, entidades de crédito y Colegios de Abogados, desarrollen sus propias pautas o guías procedimentales lo que, a nuestro entender, genera inseguridad jurídica en los deudores interesados. No obstante, aunque exista libertad para establecer el procedimiento, en todo caso debe trabajarse para conseguir una solución satisfactoria para ambas partes.

Merece destacarse que algunos Servicios de Mediación diseñaron, en un principio, procedimientos cuyas fases coincidían básicamente con las de una mediación en su sentido tradicional, esto es, seguían el procedimiento que suele aplicarse para la resolución de conflictos del orden civil o mercantil. No obstante, la especificidad de la relación contractual bancaria y la gravedad de sus efectos han conllevado, en la práctica, la remodelación y adecuación del procedimiento a las complejas necesidades derivadas de la situación de miseria y de paro que caracteriza nuestra sociedad actual, siendo el principal cometido de estos Servicios lograr un acuerdo que evite la pérdida de la vivienda del deudor y, con gran seguridad, de su patrimonio, pues llegados a este extremo normalmente solo le queda al deudor el inmueble. En este sentido, la pérdida de la vivienda provocaría un daño irreparable e incrementaría exponencialmente la probabilidad de que el deudor afectado entrara en una situación de exclusión social por carecer de medios suficientes con los que subsistir.

No obstante la laguna legal existente en torno a los parámetros procedimentales de la intermediación hipotecaria, se cuenta con un marco normativo común o básico²⁸, cuyo objetivo es el establecimiento de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Marco regulador establecido en el RD-Ley 6/2012, por el que se regulaba un Código de Buenas Prácticas²⁹ y en el RD-Ley 27/2012, posteriormente completado con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social³⁰ (en adelante, Ley 1/2013), aprobada tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo³¹, que confirma la ilegalidad del procedimiento español de ejecución hipotecaria al vulnerar la normativa comunitaria de cláusulas abusivas por la imposibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Con la reforma introducida por los Reales Decretos-Ley supra indicados, se permitió a las entidades de crédito colaborar con aquellos deudores hipotecarios que no pudieran asumir sus obligaciones de pago. Merece recalcar que el Código de Buenas Prácticas aprobado ha sido suscrito por la inmensa mayoría de las entidades de crédito, no solo con la finalidad de resolver las dificultades de los deudores hipotecarios, sino también como estrategia para mejorar su reputación y buena imagen ante la clientela. Una de las consecuencias beneficiosas para los deudores es la posibilidad de negociar con la entidad de crédito una solución a su problema concreto gracias a la regulación de una serie de medidas y acuerdos económicos como la renegociación de las condiciones de préstamo o incluso, bajo determinadas circunstancias, la

²⁸ Sobre la protección del deudor implicado en un proceso de ejecución hipotecaria a través de estos Reales Decretos-Ley, véase, MOLLAR PIQUER y VILAR GONZÁLEZ, “El consumidor frente a la ejecución hipotecaria”, Revista jurídica de la Región de Murcia, núm. 46, 2013, págs.16-17 y págs. 24-25.

²⁹ De conformidad con el Banco de España, debe entenderse por buenas prácticas bancarias aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con los usuarios de servicios financieros.

Para un estudio profuso sobre el concepto y delimitación de las buenas prácticas, véanse, ÁLVAREZ RUBIO, “Código de Buenas Prácticas Bancarias”, en Contratación Bancaria. Tomo I, (dir. ORDUÑA MORENO, y TOMILLO URBINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 497-527; FARRANDO MIGUEL, “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, Estudios de Consumo, núm. 56, 2001, págs. 99-164 y RIVERO ALEMÁN, Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor”, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 573-578.

³⁰ BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

³¹ Sentencia Del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11.

dación en pago. Negociaciones que se están desarrollando en el marco de la intermediación hipotecaria.

Sabemos, pues, que este procedimiento de intermediación hipotecaria se aplica para resolver el denominado conflicto hipotecario. Ahora bien, debe interpretarse dicha noción en sentido amplio, abarcando no solo aquellas situaciones en las que el deudor se encuentra imposibilitado para hacer frente al pago de las cuotas del préstamo, sino también aquellos casos en los que prevé que dejará de hacerlo a corto plazo al hallarse con dificultades económicas. Dicho de otro modo, el procedimiento de intermediación hipotecaria podrá tener lugar tanto si el deudor no ha incurrido en impago alguno; ha dejado de pagar una o dos cuotas; tenga tres o más cuotas impagadas pero no se haya iniciado el procedimiento o tenga varias cuotas impagadas (tres o más) y haya sido notificado por la entidad por medio de telegrama o burofax. Asimismo, iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá acudir a la intermediación tras la notificación al deudor de la apertura del procedimiento a través de telegrama o burofax, aunque también cabe la publicación mediante decretos; cuando el deudor se encuentre pendiente de la fecha para la subasta o ésta haya sido notificada e incluso cabe instar este procedimiento cuando se haya producido la ejecución y esté pendiente el lanzamiento de la vivienda. No obstante, siempre será preferible, en aras de obtener un mejor acuerdo, que se solicite esta intermediación en una etapa temprana del conflicto, pues se abre todo un abanico de opciones alternativas al desahucio.

Vamos a centrar este análisis en la forma y pautas seguidas por los sujetos intervinientes en la gestión del conflicto hipotecario, así como en el contenido de los posibles acuerdos, pues de ello deriva la singularidad de este procedimiento³². En concreto, aunque no existe uniformidad de criterios ni siquiera en cuanto a las fases en que se estructura el procedimiento, es posible distinguir tres etapas, siendo las dos primeras estrictamente procedimentales mientras que la última refiere de la adopción del acuerdo.

En primer lugar, el deudor hipotecario, preocupado por la imposibilidad o dificultad de realizar el pago, contacta con la Oficina de Mediación o Servicio de Intermediación. Sea como fuere, será el intermediador quien deberá informar al deudor interesado de los distintos aspectos de este procedimiento. Aquí se observa la singularidad del rol del intermediador que, desde el principio, desempeña una función de asesoramiento al deudor. Por su parte, el deudor deberá aportar la documentación relativa al contrato en cuestión –normalmente el clausulado contractual– y a su situación económica –especialmente aquella referente a su estado de insolvencia económica–.

³² VALL RIUS, “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, Revista Digital MM, 2012, págs. 10-13.

Toda esta documentación deberá ser evaluada conjuntamente para determinar la concurrencia de los requisitos subjetivos en la persona del deudor y de su familia para poder aplicar el Real Decreto-Ley 6/2012 y así acogerse al Código de Buenas Prácticas. En concreto se analizará, por un parte, si el contrato suscrito es un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria y, por otra, que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión³³.

Cuando concurran en la persona del deudor las circunstancias para ser considerado en riesgo de exclusión, así como que el inmueble en peligro de ser objeto de ejecución sea la vivienda habitual y única del deudor, éste presentará a la entidad de crédito con la que hubiera suscrito el contrato de hipoteca, un escrito de solicitud donde se incluirán las opciones viables – acompañado de la documentación evaluada–. Nótese que la solicitud de resolver el problema a través de la mediación carece de efectos suspensivos respecto de la acción de ejecución hipotecaria, por lo que, salvo que se alcance un acuerdo entre las partes, el proceso de ejecución de la vivienda sigue su curso. De ahí que la celeridad y flexibilidad de esta intermediación cobren tanta importancia.

El escrito mencionado podrá ser preparado por el propio intermediador. Esta función de asesor jurídico y colaborador en los trámites burocráticos refleja el posicionamiento de éste a favor del deudor afectado. He aquí una diferencia importante con la técnica de la mediación, donde el mediador se limita a guiar a las partes hacia el consenso, quedándose al margen de cualquier otro trámite administrativo, pues su objetivo es lograr que las partes adopten una solución pacífica a la disputa, pero sin formar parte del proceso más allá de su función como guía y gestor del conflicto.

En segundo lugar, recibida la solicitud por la entidad de crédito correspondiente, ésta procederá a su trámite y al estudio de las propuestas de solución formuladas, tratando de negociar con su

³³ De conformidad con el artículo 3 del Real Decreto-Ley 6/2012, debe entenderse que un deudor estará situado en el umbral de exclusión cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: “a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c). f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores”.

cliente, en presencia del intermediador, la opción más idónea, dadas las circunstancias personales y de solvencia del deudor. Se observa, pues, que no estamos ante una mediación o una negociación propiamente dichas. En efecto, los posibles acuerdos han quedado estandarizados en el Código de Buenas Prácticas, limitando el margen de actuación a las entidades que, en caso de concurrir los requisitos establecidos, adoptarán la medida predeterminada. Esto supone que la libertad de pactos existente en la mediación queda aquí supeditada al cumplimiento de unos requisitos y condiciones legalmente estipuladas.

En tercer y último lugar, se produce la fase de negociación. Así las cosas, tras una o varias negociaciones, lo óptimo es que las partes hayan alcanzado alguna clase de acuerdo, pues lo verdaderamente importante es que los deudores puedan continuar cumpliendo con sus obligaciones de pago, manteniendo así la propiedad de la vivienda.

VII.- POSIBLES SOLUCIONES AL CONFLICTO HIPOTECARIO.

En los Códigos de Buenas Prácticas, así como en la normativa aplicable, quedaron recogidas todas 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. Asimismo, con independencia de que el deudor hipotecario esté situado dentro del umbral de exclusión, las medidas recogidas en los Códigos de Buenas Prácticas del RD-Ley 6/2012 y de la Ley 1/2013, se extenderán a las hipotecas constituidas en garantía concedidas para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no exceda de los valores que se establecen en función del número de habitantes de los municipios donde están ubicados los inmuebles.

En primer lugar, como primera medida resolutive del conflicto hipotecario, se propuso 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, por un lado, en el RD-Ley 27/2012, cuyo plazo ya se ha extinguido –el 15 de noviembre– y, por otro lado, por la Ley 1/2013, que ampliaba los efectos suspensivos por otro bienio, esto es, hasta el 15 de mayo de 2015.

La problemática en torno a esta medida deriva, en primer lugar, de su carácter temporal, no siendo por ello la mejor elección, ni tampoco una solución real y verdadera al problema, aunque sí la socorrida para aquellos casos en los que no hubiera alternativa al desahucio. En segundo

lugar, aunque relacionado con lo anterior, también es debida a la finalización del plazo estipulado de dos años para la suspensión del lanzamiento en la conocida como “ley antidesahucios”. Ello significa, básicamente, que las hipotecas beneficiadas por esta medida han dejado de estarlo y, por ende, que los deudores han quedado desprotegidos ante un sistema claramente favorecedor a los intereses de las entidades de crédito.

A nuestro entender, el transcurso de este periodo supone que los deudores beneficiados por la medida se encuentren ahora en un “limbo legal”, pues la falta de concreción sobre la prórroga del plazo inicial puede convertirse en un arma arrojadiza de las entidades de crédito contra los deudores afectados en caso de que consideren finalizado el término.

En caso de que no se haya decretado el lanzamiento, la primera medida viable y más aplicada en la práctica es la reestructuración de la deuda³⁴. Consiste en la modificación de las condiciones del préstamo hipotecario de forma que se permita al deudor continuar amortizando la hipoteca. En concreto, se prevén las siguientes opciones:

- La simple reducción de los tipos de interés
- La reunificación de las deudas contraídas por el deudor
- Carencia en la amortización de capital de cuatro años
- Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

Al respecto de esta opción, debe tenerse en cuenta que, en virtud del artículo 1091 del Código Civil, todas aquellas obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos. De ello se infiere que cualquier modificación contractual –novación modificativa o extintiva, subrogación– requerirá el consentimiento de ambas partes, sin perjuicio de la facultad de la entidad para atender o no la solicitud formulada por el cliente bancario.

³⁴ Sobre esta medida, véanse, BALLUGUERA GÓMEZ, “El Servicio de Ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 de abril de 2012. Documento disponible en línea en: www.notariosyregistradores.com, consultado el día 10 de diciembre de 2014 y ÁLVAREZ VEGA, M. I., La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 340-355.

En caso de inviabilidad de la renegociación, podrá aplicarse una quita del principal, esto es, la entidad de crédito puede perdonar o condonar al deudor un porcentaje del capital pendiente de amortización.

Si ninguna de las opciones anteriores resulta aplicable dadas las circunstancias concretas del deudor, el legislador ha previsto una medida sustitutiva: la conocida “dación en pago”, que supone la entrega efectiva de la vivienda a la entidad de crédito, que procede a la cancelación de deuda³⁵, si bien se le permite a la familia afectada permanecer en la vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

Es relevante resaltar que la dación en pago fue una de las primeras medidas propuestas para hacer frente al panorama tan negro en el sector de la vivienda. Sin embargo, a pesar de los apoyos recibidos por parte de la sociedad en general y de Asociaciones de consumidores y de Plataformas de Afectados en particular, se encontró con el rechazo frontal de las entidades de crédito, al no ser una solución rentable.

En concreto, esta medida supone que el deudor insolvente o poco solvente que no puede atender las cuotas de amortización del préstamo ofrece bienes por valor equivalente al importe que debe a la entidad bancaria. En otras palabras, con la entrega de la vivienda hipotecada se extinguiría la obligación hipotecaria y el deudor quedaría totalmente liberado de la deuda. No obstante, las reticencias de las entidades financieras no constituyen el mayor inconveniente de esta opción, sino que, a nuestro juicio, su propia naturaleza supone un hándicap para la salida del deudor de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. Ello porque, aun cuando la hipoteca quedara cancelada, la dación en pago conlleva irremediablemente a la pérdida de la

³⁵ En contra, GARCÍA ABURUZA, “Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus”, en *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, (coord. SALAS CARCELLER), Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 120. “Precisamente por la repercusión del mundo hipotecario en la economía y en el mercado, y, por ende en la sociedad y la colectividad, resulta también difícil admitir la dación (ilimitada y forzosa) o la cláusula rebus como posibilidades a jugar en este ámbito, ya que las mismas no afectarían únicamente a las partes integrantes del contrato de préstamo hipotecario de forma aislada, sino que las mismas repercutirían en todo el sistema económico pues podría hacer tambalear el equilibrio del sistema bancario y con él de un mercado cada vez más interrelacionado y globalizado que actúa como dominó, en el que el fallo de una pieza puede ser fatal para el mantenimiento de las demás. (...) la obtención de un préstamo hipotecario, por el volumen de dinero que conlleva, el bien que se pretende adquirir (vivienda) y las consecuencias que tendrá en caso de impago (el desahucio) debe ser un acto de autorresponsabilidad de quien lo solicita que no debe caer en un endeudamiento excesivo, ya que nadie mejor que uno mismo conoce cuál es su capacidad económica para afrontar una operación así, por ello, e incluso por interés público, no cabría esa admisión generalizada de las fórmulas predichas por posible peligro de tambalear el sistema en su conjunto y la propia solvencia de los bancos, que podría incluso llegar a arriesgar (por ejemplo) los depósitos de los ahorradores que no han cometido ningún acto de irresponsabilidad para tener que soportar una consecuencia así, siendo una gran injusticia e insolidaridad que unos ciudadanos asuman las consecuencias de los actos de otros”.

vivienda. Y esto es precisamente lo que se está tratando de evitar mediante la intermediación hipotecaria, pues se busca tutelar los derechos e intereses del deudor afectado, entre los que prima la conservación de su vivienda.

A mayor abundamiento, nuestro ordenamiento jurídico tampoco favorece a los consumidores en este sentido, pues recuérdese que, en virtud del principio de responsabilidad universal del deudor establecido en el artículo 1.911 del Código Civil, éste responderá con todos sus bienes, presentes y futuros de la deuda contraída. De este precepto se infiere que para obtener una cancelación total de la deuda, la vivienda debería estar valorada por un precio igual o superior al importe de la deuda. Sin embargo, es de sobra sabido –y de ahí el conflicto hipotecario– que el principal concedido en los créditos con garantía hipotecaria superaba con creces el valor de tasación. Ello unido a la depreciación del valor del suelo y, por ende, de la vivienda, implica que la entrega de la vivienda per se no es suficiente para cancelar la deuda.

Por tanto, aunque en la práctica era una medida recurrida y en ocasiones aceptada por las entidades, solo se realizaba de forma parcial, esto es, se trataba de una dación en pago parcial, debiendo el deudor sufragar el importe no cancelado con la realización del inmueble. Sin embargo, esta realidad cambió sustancialmente con la aprobación y entrada en vigor del Código de Buenas Prácticas. En efecto, se ha establecido que, en caso de que ni la reestructuración ni la quita sean viables, y siempre que no se haya anunciado la subasta, la entidad de crédito quedará compelida a aceptar la entrega del inmueble hipotecado, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la totalidad de la deuda.

De igual forma que la dación en pago, el legislador contempla la venta del inmueble como vía para cancelar la deuda. En este caso, el deudor dispone de un plazo para proceder a la venta de su vivienda y sufragar la deuda con el importe obtenido. Tampoco consideramos que se trate de una medida eficaz para mejorar la situación del deudor, quien se encontraría liberado de la deuda aunque privado de su vivienda, no resolviendo el problema a largo plazo.

Sea cual fuere el contenido del acuerdo, en virtud del principio de la autonomía privada regulado en el artículo 1255 del C.C., entendemos que se ha configurado un acuerdo que, en todo caso, tendrá carácter vinculante para las partes.

VII.- VALORACIÓN.

La intermediación hipotecaria ha resultado ser un instrumento o, mejor dicho, un cauce, idóneo para la tutela de los intereses económicos de los deudores y, más importante, del derecho constitucional a una vivienda digna.

Sin embargo, no es la panacea a todos los problemas derivados de un contrato de crédito con garantía hipotecaria. Así pues, a pesar de la laguna legal en cuanto a las reglas procedimentales, el marco regulador de la intermediación hipotecaria establece unos requisitos objetivos y subjetivos muy restrictivos, lo que se traduce en la práctica en una limitación de su accesibilidad y aplicabilidad. De hecho, se han beneficiado de estas medidas de protección unas 20000 familias desde 2008. Esto supone que numerosas familias continúan desamparadas y desprotegidas frente un sistema tradicionalmente posicionado a favor de las entidades financieras.

Afortunadamente, la situación está cambiando, haciéndolo para elevar el estatus de protección de los consumidores en general y de los deudores hipotecarios en particular. Ahora bien, este código de intenciones, basado en tres ejes centrales: prevenir (asesorar), intermediar y proteger, no debería quedar limitado, a nuestro juicio, solamente a aquellos deudores calificados como vulnerables y catalogados en el colectivo en riesgo de exclusión social, sino extenderse a otros deudores que, hipotecada su vivienda única y habitual, obtuvieran mayores rentas, así como también a hipotecas de mayor cuantía que las actualmente contempladas por la norma. De esta forma se lograría mejorar la situación económica de muchos deudores gravemente afectados por la crisis, evitándose, además, situaciones de penuria económica por no haber actuado para prevenir dicha situación. Así se lograría devolver la confianza de los consumidores en el sistema financiero y bancario, pero también, y más importante, en la Justicia.