

MEDIACIÓN HIPOTECARIA: UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS PARTICULARES



VÍCTOR BASTANTE GRANELL

Becario FPU
Universidad de Almería

Fecha de recepción: 13-12-2012

Fecha de aceptación: 06-02-2013

RESUMEN: La crisis económica y sus nefastas consecuencias han provocado que los préstamos hipotecarios se hayan convertido actualmente en la soga que asfixia a miles de deudores hipotecarios. La hipoteca ha dejado de ser aquel instrumento jurídico que nos permitía cumplir el sueño de adquirir una vivienda, para transformarse en una pesadilla caracterizada por el desahucio y la ulterior exclusión social. El deudor hipotecario con dificultades o imposibilitado para pagar las cuotas hipotecarias se ve abocado a recorrer dos caminos, el concurso de acreedores o la ejecución hipotecaria, procedimientos que no arrojan una solución factible para mantener su vivienda o evitar el problema del sobreendeudamiento hipotecario. Sin embargo, recientemente, las Administraciones Públicas, preocupadas por dicha situación, han puesto a disposición de los ciudadanos la llamada “mediación hipotecaria”, un procedimiento extrajudicial que tiene como finalidad evitar la ejecución hipotecaria, aminorar el sobreendeudamiento hipotecario y salvaguardar la vivienda principal de los mismos. Con la aparición de este nuevo mecanismo de resolución de “conflictos hipotecarios” se hace interesante y sustancial examinar jurídicamente dicha figura, así como observar su viabilidad futura en nuestra sociedad y ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Mediación hipotecaria, conflicto hipotecario, sobreendeudamiento hipotecario, desahucios, exclusión social, préstamo hipotecario, deudor hipotecario.

ABSTRACT: *The economic crisis and its disastrous consequences have turned mortgage loans into a hanging rope that chokes the life out of thousands of mortgagees. Mortgages have ceased to be that legal instrument which allowed us to attain the dream of purchasing a home, and transformed themselves into the nightmare of eviction and subsequent social exclusion. The mortgagee experiencing difficulties or finding it impossible to meet mortgage payments is forced to choose between two options, insolvency proceedings or foreclosure, procedures which do not provide a feasible solution to retain the property in question or to avoid the problem of over-indebtedness. However, the Public Administration, concerned about this situation, has recently made available to citizens what is known as “mortgage mediation”, an extrajudicial procedure which has the aim of avoiding foreclosure, decreasing mortgage over-indebtedness and safeguarding the dwelling of the mortgagee involved. With this new mechanism for the solution of “mortgage conflicts”, a greater interest arises in*

examining this concept from a legal point of view as well as in observing its future viability within our society and within the Spanish law.

KEY WORDS: Mortgage mediation, mortgage conflict, mortgage over-indebtedness, eviction proceedings, social exclusion, mortgage loan, mortgagee.



SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. El problema del sobreendeudamiento hipotecario. 2. Insuficiencia de la respuesta normativa. II. LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN. 1. Concepto y fundamento de la mediación hipotecaria. 2. La Mediación hipotecaria: ¿nueva categoría de mediación? 3. Legislación aplicable. 4. Fomento y desarrollo de la mediación hipotecaria por las Administraciones públicas. III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN HIPOTECARIA. 1. Sujetos. Posición e interés en negociar. 2. La figura del mediador. Principios. 3. Etapas del proceso de mediación hipotecaria. 4. Contenido de la negociación. Posibles soluciones. 5. Eficacia del acuerdo de mediación IV. VENTAJAS DE LA INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA. V. NOTAS SOBRE EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El problema del sobreendeudamiento hipotecario.

Durante la época de bonanza hipotecaria, influida por la “fiebre del ladrillo”, miles de personas, atraídas por los bajos tipos de interés y los beneficios fiscales existentes, accedieron a una vivienda a través de la concertación de préstamos hipotecarios con distintas entidades bancarias. Las familias se endeudaban, al parecer de forma razonada, proporcionada y conveniente, con la finalidad de conseguir la propiedad de una vivienda y poder beneficiarse así del uso y disfrute de la misma. Sin embargo, en los últimos años el tráfico hipotecario ha apurado de forma excesiva la capacidad financiera de las personas físicas. Ello implica que cualquier cambio de las circunstancias socio-económicas del deudor hipotecario (pérdida del trabajo, por ejemplo) puede provocar el paso de un endeudamiento razonable a un endeudamiento

excesivo y peligroso, impidiendo que el deudor pueda continuar con el pago de la hipoteca.

En este concreto caso, el deudor hipotecario se vería inmerso en el denominado estado de *sobreendeudamiento hipotecario*, entendiendo por tal, *aquel fenómeno que se produce cuando, por un cambio negativo de las circunstancias socio-económicas, el deudor hipotecario entra en un estado de endeudamiento excesivo, viéndose con dificultades o imposibilitado para amortizar las cuotas del préstamo hipotecario*. Y es que, como señala Rojo Fernández-Río, “el deudor hipotecario está siempre al filo de la navaja” y, como es normal, “cualquier modificación de su capacidad financiera afecta sin duda a los pagos debidos”¹.

2. Insuficiencia de la respuesta normativa.

La “concesión alegre” de préstamos hipotecarios², el posterior “pinchazo” de la burbuja inmobiliaria y la subsiguiente destrucción de empleo, han provocado que el sobreendeudamiento hipotecario sea la situación presente de muchos hogares españoles. Sin embargo, dicho problema queda disimulado por la actual tasa de morosidad en préstamos hipotecarios, cuyo reducido porcentaje³ parece indicar que los deudores hipotecarios no tienen problemas para pagar las cuotas hipotecarias. Pero, la realidad es otra⁴.

¹ ROJO FERNANDEZ-RÍO, “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”: *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores)*. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, 754 p.

² Según datos estadísticos proporcionados por el Banco de España, “el 26,3% de los hogares tiene deuda pendiente por la compra de su vivienda principal”, datos que corrobora el Instituto Nacional de Estadística, al mostrar que, desde el año 2003 hasta el año 2010, se han constituido más de siete millones de hipotecas en España (Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2008: Métodos, resultados y cambios desde 2005: Banco de España).

³ La Asociación hipotecaria española situaba la tasa de morosidad solo en torno al 2.74% en junio de 2012 (Ver Nota del presidente de la Asociación hipotecaria española (AHE) sobre la morosidad en la financiación hipotecaria a los hogares, publicada con fecha de junio de 2012)

⁴ El número de ejecuciones hipotecarias y de desahucios ha aumentado de forma considerable y grave en los últimos años. De las 25.943 ejecuciones hipotecarias que podíamos observar en el año 2007, hemos pasado a alcanzar en el año 2011 una cifra de 77.854 ejecuciones hipotecarias, habiendo sido tal cantidad especialmente elevada en los años 2009 y 2010, donde se alcanzaron las cifras de 93.319 y 93.636 ejecuciones hipotecarias, respectivamente (desde 2007 a 2011, se han producido un total de 349.438 ejecuciones hipotecarias). Y no es menos alarmante, el número de desahucios producidos desde el año 2008 hasta el año 2011 (un total de 166.710 desahucios), que se han incrementado en un 50%. Para

La explicación de este reducido porcentaje en una etapa de recesión económica como la actual la podemos encontrar en diversas causas. En primer lugar, en el esfuerzo que dedican los particulares destinando sus ingresos al pago de las cuotas hipotecarias; en segundo lugar, en las numerosas operaciones de reestructuración de préstamos hipotecarios llevadas a cabo por las distintas entidades bancarias, que tienden a adaptarse a las nuevas condiciones socio-económicas de sus titulares mediante la novación o modificación de las condiciones del préstamo hipotecario; en tercer lugar, en el aumento del número de daciones en pago, sobre todo en el colectivo de inmigrantes; y por último, en el paulatino aumento de subrogaciones hipotecarias.

Con la realización de tales operaciones puede explicarse (en parte) la reducida tasa de morosidad, pero también se pone de manifiesto un dato bastante alarmante: la dificultad real y actual de un gran número de deudores hipotecarios para hacer frente al pago de su hipoteca⁵. Evidentemente, a mayor número de reestructuraciones hipotecarias, menor será el porcentaje de morosidad en los préstamos hipotecarios. Una adecuada renegociación permite que la hipoteca persista y, por consiguiente, que el deudor no caiga en mora; siempre que ello sea posible, claro está.

Observando estos hechos, resulta indiscutible que el sobreendeudamiento hipotecario constituye un fenómeno emergente y un grave problema de la sociedad española actual, por muchas soluciones improvisadas que se articulen. Así lo ha evidenciado el propio Gobierno Español con la promulgación del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos,⁶ y

observar las cifras relativas a ejecuciones hipotecarias y desahucios, basta con acudir al informe estadístico denominado “Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales: Cuarto trimestre de 2011” del C.G.P.J.

⁵ Desde el comienzo de la recesión económica se produjo un aumento considerable del número de hipotecas sobre viviendas con cambios (novaciones y subrogaciones), así lo demuestra el INE con diversos datos estadísticos (www.ine.es). Tales datos muestran el aumento de la actividad bancaria de los últimos años tendente a reestructurar los préstamos hipotecarios con la finalidad de que los deudores puedan continuar con el pago de la hipoteca. Concretamente, las cifras más altas se situaron en los meses de mayo a septiembre del año 2009, donde se alcanzó la cifra de 34.052 hipotecas con cambios en sus condiciones.

⁶ El preámbulo de dicha normativa denota la preocupación ante dicho fenómeno: “España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo. Resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios

el reciente Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios⁷, cuyos preámbulos evidencian la existencia y preocupación por dicho fenómeno.

Más allá de esas “soluciones”, nuestro ordenamiento jurídico no ofrece medidas efectivas, ni ha configurado correctamente los distintos procedimientos institucionalizados para dar una respuesta adecuada a dicho fenómeno. El concurso de acreedores⁸, el sistema arbitral⁹ y la ejecución hipotecaria¹⁰ constituyen procedimientos

concertados para la adquisición de su vivienda. Tal circunstancia y la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas. El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

⁷ El preámbulo de dicha norma evidencia también la preocupación por el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario: “*La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual*”. Dicha norma tiene como finalidad paralizar los desahucios durante un periodo de dos años a favor de los deudores hipotecarios que cumplan determinados requisitos de renta y situación familiar.

⁸ La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal permite que las personas físicas puedan acogerse al concurso de acreedores en caso de insolvencia actual o inminente (art. 2.3), pero dicho procedimiento aporta más inconvenientes que ventajas al deudor hipotecario tanto sobreendeudado como insolvente. El procedimiento concursal no permite la paralización de la ejecución hipotecaria (art. 55), tampoco la paralización de los intereses de los créditos que gocen de garantías reales (art. 56), dota a los acreedores hipotecarios de una posición privilegiada que impide generalmente alcanzar acuerdos en la fase de convenio, y supone un procedimiento costoso, tanto temporal como económicamente. Ante tales inconvenientes y deficiencias, resulta coherente el reducido número de concursos de personas físicas en España en comparación con otros países europeos (según el INE en el año 2011 solo se produjeron 953 concursos de personas físicas sin actividad empresarial). Tales inconvenientes y deficiencias del procedimiento concursal respecto a la insolvencia y sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios han sido objeto de estudio y crítica por una gran parte de la doctrina, pudiendo destacar los siguientes autores: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. “El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal”. *Diario La Ley*, 13 oct. 2010, nº 7487, Sección Doctrina, Año XXXI, Ref. D-301; JIMÉNEZ PARÍS, T. A. “Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, mayo 2011, p. 1738-1761; CUENA CASA, M., “Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física”: *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, p. 91-112; ZABALETA DÍAZ, M., “El concurso del consumidor”: *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, nº 3, 2010 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre Derecho concursal), págs. 301-331; ZUBIRI DE SALINAS, M. “Hipoteca y concurso”: *Las claves de la ley concursal / José Antonio García-Cruces González (dir.), Ignacio Quintana Carlo (dir.), Ángel Bonet Navarro (dir.)*, 2005, págs. 289-307; FERNANDEZ CARRÓN, C., *Tratamiento de insolvencia de personas físicas*: Aranzadi, 2008, 178 p.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P., *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución*. Aranzadi, 2009, 238 p.; TOMILLO URBINA, J., *El futuro de la protección*

ANALES DE DERECHO

Número 31, 2013, págs. 1-34

ISSN: 1989-5992

<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

ineficaces, inoperantes y deficientes para resolver dicho fenómeno. Entonces, ¿qué opciones le quedan al deudor hipotecario?



El deudor hipotecario sobreendeudado que no haya podido renegociar las condiciones del préstamo, que ya no pueda pagar las elevadas cuotas hipotecarias que han reducido su nivel de vida y le han anulado como consumidor, puede evitar la ejecución hipotecaria o el concurso de acreedores acudiendo hoy a una nueva opción extrajudicial: *la mediación hipotecaria*.

II. LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN.

La mediación ha sido denominada por muchos expertos como el “gigante dormido” de los mecanismos de solución de conflictos extrajudiciales (MESC) o de los sistemas alternativos de resolución de disputas (ADR). En los últimos años el uso de la mediación se ha extendido para paliar los conflictos surgidos en diversos ámbitos, entre ellos, el familiar, el penal, el penitenciario, el sanitario, el laboral, el de consumo, etc., alcanzando paulatinamente un mayor protagonismo como sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Pues bien, como veremos, ante el fenómeno emergente del

jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores): Civitas, 2008, 754 p.; etc.

⁹ 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 el que establezca y decida la reestructuración hipotecaria.

¹⁰ El procedimiento de ejecución hipotecaria tiene como finalidad ejecutar la vivienda para satisfacer al acreedor con el valor resultante de la subasta del bien. Sin embargo, la ausencia actual de postores obliga a los acreedores hipotecarios, a las entidades financieras, a adjudicarse las viviendas. Ello provoca generalmente dos consecuencias comunes, y porque no decirlo, fatídicas: en primer lugar, el deudor hipotecario se ve despojado de su vivienda, permaneciendo endeudado por el saldo negativo que no se haya podido satisfacer con el valor de la adjudicación; y en segundo lugar, la entidad acreedora adquiere un bien inmueble que debe provisionar, conforme dispone la normativa del Banco de España, y que constituye un activo tóxico imposible de vender a buen precio en el actual mercado inmobiliario, en continua recesión. Observando tales consecuencias resulta más que evidente que el proceso de ejecución hipotecaria no presenta beneficio alguno ni para el deudor ni para el acreedor, siendo necesario articular otros mecanismos más eficaces y ventajosos para ambas partes. Ninguna de las partes gana adecuadamente, pudiendo decir que ambas pierden. Diversos autores han apuntado diversas deficiencias del proceso de ejecución hipotecaria: MARTÍN DIZ, Fernando. “Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria”: *Diario La Ley*, nº 7126, Sección Doctrina, 3 marzo 2009, Año XXX, Ref. D-72, 38 p; PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de Diciembre de 2010)”. *Diario La Ley*, nº 7590, Sección Doctrina, 16 Mar, 2011, Año XXXII, Ref. D-119, etc.

sobreendeudamiento hipotecario y la ausencia de procedimientos eficaces, el empleo de la mediación no podía mantenerse olvidado.



1. Concepto y fundamento de la mediación hipotecaria.

Si atendemos, por un lado, a las definiciones de mediación ofrecidas por distintos autores¹¹ y por diversa normativa¹², y por otro, a la finalidad de esta nueva categoría de mediación (solucionar el sobreendeudamiento hipotecario y salvaguardar la vivienda principal), podemos definir la llamada *mediación hipotecaria* como *aquel proceso autocompositivo de resolución de controversias, en el que, con la intervención de un tercero, el deudor y el acreedor hipotecarios, como consumidor y empresario respectivamente, intentan alcanzar voluntariamente un acuerdo de reestructuración del préstamo (u otros acuerdos), que permitan al primero continuar con el pago de la hipoteca, o bien paliar su estado de sobreendeudamiento, intentando siempre preservar la vivienda.* De dicha definición podemos deducir los fundamentos esenciales, los motivos o razones que explican la aparición de este nuevo remedio:

- a) *Aminorar el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario:* La mediación hipotecaria constituye un medio que permite a las partes acercar sus posiciones con el objeto de alcanzar un acuerdo que logre, por una parte, satisfacer los intereses económicos del acreedor, y por otra, mantener la continuidad de pago de la hipoteca por el deudor, garantizando su subsistencia, un nivel de vida digno y, en la medida de lo posible, el uso y disfrute de la vivienda hipotecada. El principal objetivo consiste en reestructurar adecuadamente el préstamo (alterando cuotas,

¹¹ BENNET G. PICKER define la mediación como aquel “proceso que emplea a un tercero neutral –mediador– para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable” (BENNET G. PICKER. *Guía práctica para la mediación. Manual de resolución de conflictos comerciales*: Paidós, Buenos Aires, 2001, 155 p.). REDORTA LORENTE la define como “un proceso voluntario de resolución de conflictos, donde las partes en disputa participan voluntariamente asistidas por un tercero neutral con la finalidad de construir sus propias decisiones” (REDORTA LORENTE, J.: *Mediación: algunos conceptos básicos orientados a la práctica*, Documentación del I Congreso Nacional de Mediación Familiar en Valencia, abril de 1999).

¹² Entre tal normativa, destaca el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo art. 1 dispone el siguiente concepto de mediación: “Se entiende por mediación 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 de un mediador”.

tipos de interés, plazo, ofreciendo carencias de pago, etc.), para pasar del delicado estado de sobreendeudamiento a un estado de endeudamiento proporcional y adaptado a la nueva capacidad y situación económica del deudor hipotecario.

- b) *Proteger al deudor hipotecario como consumidor*: La relación entre deudor y acreedor hipotecarios, entre persona física y entidad financiera, no constituye un simple vínculo jurídico amparado exclusivamente por las normas civiles y mercantiles. Cuando una persona física suscribe un préstamo hipotecario con una entidad bancaria está actuando como consumidor¹³, bajo el amparo del articulado del TRLGDCU¹⁴ y de otras disposiciones legales. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contiene diversas normas que tienden a proteger al consumidor como parte débil en la contratación hipotecaria¹⁵, mejorando, por ejemplo, las condiciones de transparencia e información del préstamo con el objeto de fomentar una contratación libre y sin engaño¹⁶. Dicha protección no debe extenderse únicamente a la fase de celebración, sino también a la fase contractual y postcontractual del préstamo hipotecario, puesto que la complejidad de los créditos hipotecarios no aparece únicamente en esa primera fase, sino también en las reestructuraciones, donde el cambio de condiciones puede resultar trascendental para el deudor. Por este motivo

¹³ Así lo disponen diferentes autores: MORALES IMBERNÓN, N., *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Pamplona, Aranzadi, 2010, 221 p.; ORDAS ALONSO, M., *La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo*, Pamplona, Aranzadi, 2009; etc.

¹⁴ El art. 3 del TRLGDCU establece un concepto de consumidor, entendiéndolo por tales aquellas “personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

¹⁵ Entre tal normativa, podemos destacar la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (que deroga la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), y la más reciente, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

¹⁶ Dicha necesidad de tutela se encuentra reflejada en el preámbulo de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, al establecer que “en el sector financiero la protección a los consumidores y usuarios es de especial relevancia, dado que están en juego (...) sus intereses económicos”.

se instaure y surja la mediación hipotecaria, para desempeñar una función tuitiva del consumidor en la fase de negociación y reestructuración del préstamo hipotecario.

Dicho propósito resulta coherente. Si la única posibilidad que tiene el deudor hipotecario para no perder la vivienda consiste en negociar con la entidad prestamista, ante los infructuosos caminos del concurso y la ejecución hipotecaria, no podemos pasar desapercibida la posición de debilidad que ocupa el deudor como consumidor en la fase de negociación y de posible reestructuración del préstamo hipotecario¹⁷. Los deudores hipotecarios negocian con la entidad prestamista asfixiados por la cuerda de la hipoteca, en condiciones de urgencia y necesidad, en una situación económica negativa y con el miedo a perder la vivienda. Si el deudor no acepta las nuevas condiciones, perderá la vivienda. Negociar solo en tales condiciones puede ser perjudicial para sus intereses económicos y beneficiar, en ocasiones, a la entidad prestamista¹⁸.

Por ello, dicha negociación se debe efectuar en un ambiente de igualdad y con la intervención de un tercero que constate que la reestructuración es adecuada también para los intereses económicos del deudor hipotecario. Concretamente, la función tuitiva de la mediación hipotecaria se manifiesta de la siguiente forma:

¹⁷ Como señala BALLUGUERA GOMEZ, C., “En la hipoteca, a la igualdad o semejanza de poder contractual de las partes, base de la negociación, se llega aumentando el poder de la parte más débil, la persona consumidora” (Ver artículo “El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 de abril de 2012, en www.notariosyregistradores.com)

¹⁸ Está claro que si la banca no reestructura el préstamo hipotecario el deudor se vería inmerso en un estado de sobreendeudamiento que podría desembocar en consecuencias nefastas, como la pérdida de la vivienda, pero también resulta claro que la banca no está obligada a buscar otras opciones que puedan ser más favorables para el mismo, sobre todo, en aquellos casos en los que el deudor haya amortizado la mayor parte del capital, pudiendo serle más beneficioso ejecutar la vivienda por su valor de mercado. Es cierto, que en los últimos años la banca ha mostrado una buena actitud para evitar las ejecuciones hipotecarias, y así lo demuestra el considerable número de refinanciaciones. La banca es la primera interesada en la pervivencia del préstamo hipotecario, pero lógicamente va a actuar conforme a su propio interés económico. Las entidades financieras velan por sus intereses, no son ONG's que ayudan a los deudores hipotecarios. De ahí la instauración del RD-Ley, 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes en protección de los deudores hipotecarios sin recursos, que impone reestructuraciones de deuda a aquellas entidades financieras que se hayan adscrito al Código de Buenas Prácticas, y el surgimiento de la mediación hipotecaria.

- Ofreciendo al deudor hipotecario un ambiente idóneo para negociar en situación de igualdad respecto a la entidad prestamista, al estar presente el mediador hipotecario.
 - Poniendo a disposición del deudor un proceso que permite, por un lado, controlar la instauración, anterior o futura, de posibles cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario, y por otro, velar por sus intereses económicos como consumidor¹⁹.
 - Ofreciendo un espacio de generación de opciones, creativas e innovadoras, tendentes a evitar el sobreendeudamiento hipotecario y la posible pérdida de la vivienda.
- c) *La vivienda como bien de protección prioritaria*: La protección del deudor hipotecario vendría también justificada por el bien adquirido gracias a la concesión de dicho crédito, es decir, la vivienda. Actualmente, la vivienda se encuentra configurada por el poder legislativo como un bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado²⁰, y por lo tanto, debe ser objeto de protección prioritaria por parte de los poderes públicos²¹. Velar por la configuración de un préstamo hipotecario óptimo para el deudor implica proteger indirectamente el bien adquirido, la vivienda. Además, el derecho a una vivienda digna proclamado por la constitución (art. 47 CE) y la necesidad de evitar que la crisis económica arrastre a miles de deudores hipotecarios a la pérdida de su vivienda y a la posible, y posterior,

¹⁹ Los mediadores también podrán efectuar una labor de control sobre el préstamo hipotecario originario, observando las condiciones generales de contratación establecidas y aquellas cláusulas que puedan resultar abusivas para los deudores hipotecarios. De esta forma, en caso de observar su existencia, podrá informar a ambas partes sobre la necesidad de cambio de la misma al suponer una vulneración de los derechos como consumidor del deudor. Así lo señala también BALLUGUERA GOMEZ, C. (“El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, art. cit.).

²⁰ Así lo dispone el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.

²¹ El art. 9 del TRLGDCU establece que “*Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”.

exclusión social, hacen necesario articular mecanismos que impidan las ejecuciones hipotecarias (más allá de los articulados hasta el momento²²) y garanticen el mantenimiento de la vivienda principal.

Tales argumentos justifican, de forma más que suficiente, la instauración, la oportunidad y la necesidad de la mediación hipotecaria en el presente contexto de sobreendeudamiento hipotecario.

2. La Mediación hipotecaria: ¿nueva categoría de mediación?

Tras haber delimitado un concepto de mediación hipotecaria y haber justificado su instauración, se hace ineludible concretar si la mediación hipotecaria constituye o no una nueva clase de mediación, con un ámbito de actuación propio y distinto. Su configuración dependerá de la finalidad que persiga su instauración, así como de su objeto.

Alguien podrá defender que la mediación hipotecaria posee autonomía propia, fundándose en el art. 47 de la CE que dispone que *“Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo”* el derecho a disfrutar de una vivienda digna, y, en consecuencia, la mediación surgiría para hacer efectivo dicho derecho y ofrecer a los deudores hipotecarios un procedimiento que les permita salvar su vivienda principal, o conservar, al menos, el uso y disfrute²³. Aun con ese único fundamento, la mediación hipotecaria constituiría una modalidad de mediación civil, dado el objeto de la misma: la reestructuración de préstamos hipotecarios, la evitación de la ejecución o, por lo menos, del lanzamiento. Sin embargo, no debemos olvidar que la vivienda constituye un bien de consumo común y ordinario y que los deudores hipotecarios ostentan la condición de consumidores durante la fase de reestructuración del préstamo hipotecario, y no sólo durante la fase de celebración de dichos contratos.

²² Entre ellos, destacan el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y el recién promulgado Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

²³ Dicho mandato constitucional inspira la creación del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes en protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Teniendo en cuenta esto último, no puede afirmarse que la mediación hipotecaria posea autonomía propia. Por el contrario, constituye más bien una *especialidad de la mediación de consumo*, puesto que centra su actividad en una determinada clase de consumidores: los deudores hipotecarios; en un ámbito concreto de su protección: la reestructuración del préstamo hipotecario y la evitación de la ejecución; y en la defensa de un específico bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado de protección prioritaria: la vivienda.

De este modo, la mediación hipotecaria se presenta como un procedimiento especial de mediación de consumo, instaurado en defensa de los intereses económicos de los consumidores durante la fase de cumplimiento/incumplimiento del préstamo hipotecario²⁴, con la finalidad de garantizar, por un lado, que el deudor hipotecario participe en condiciones equitativas, y por otro, que disponga de un procedimiento que le permita asegurar y mantener el uso de su vivienda. Todo ello en base, no sólo al art. 47 de la CE, sino, también, al mandato constitucional promovido en el art. 51 de la CE.

Por tanto, este nuevo mecanismo extrajudicial debe regirse por los principios y la normativa de la mediación de consumo, lo que supone determinar la legislación aplicable, así como las autoridades públicas competentes para desarrollar y aplicar esta nueva especialidad de mediación en consumo.

3. Legislación aplicable.

En principio podría pensarse que a la mediación hipotecaria le resultan de aplicación las disposiciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sobre todo, si se tiene en cuenta que el préstamo hipotecario se rige por normas civiles. Sin embargo, al configurarla como una especialidad de la mediación en consumo, por la tipología de los sujetos y los intereses a proteger, quedaría fuera de su ámbito de aplicación, al constituir este tipo de mediación un

²⁴ BALLUGUERA GOMEZ, C. habla de la mediación hipotecaria del País Vasco como un procedimiento previsto en defensa de los deudores hipotecarios por su condición de consumidores (“El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, art. cit.).

supuesto excluido²⁵. Con tal exclusión, que obedece al desequilibrio de partida en las posiciones negociales de las partes, se hace necesario indagar la normativa que realmente resultaría de aplicación.

A nivel estatal, el establecimiento de la mediación hipotecaria como procedimiento en defensa de los consumidores vendría justificado por el art. 51 CE, al disponer que *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces (...) los legítimos intereses económicos de los mismos”*. No obstante, la “defensa del consumidor y usuario” fue una competencia transferida a las Comunidades Autónomas tras la aprobación de la Ley 9/1992, de 23 de diciembre, aunque las CCAA llamadas históricas accedieron a dicha competencia cuando adquirieron su autonomía por la vía rápida (según la DA 2ª de la CE)²⁶. Ello implica que las CCAA tienen competencia en mediación de consumo, y consiguientemente, en mediación hipotecaria.

Como muestra de ello, algunas Comunidades Autónomas han establecido la mediación de consumo como procedimiento voluntario de resolución de conflictos, en aras de garantizar los intereses de los consumidores. No obstante, se limitan a mencionarlo, sin desarrollarlo. Entre tal normativa autonómica se puede citar la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares²⁷, la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid²⁸, la Ley del Principado de Asturias

²⁵ Art. 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: *“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”*. Dicha exclusión se produce al conceptualizar la mediación hipotecaria como una especialidad de mediación en consumo. Sin embargo, aquellos autores que nieguen su vinculación con la mediación en consumo mantendrán la aplicación de dicha ley.

²⁶ Mediante el uso de dicha competencia, la Comunidad de Madrid publicó la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid. Dicha ley se encuentra conformada por un articulado que tiende a la protección del consumidor en la fase precontractual del crédito hipotecario. Concretamente, establece obligaciones al prestamista en cuanto a la información que se debe suministrar al consumidor.

²⁷ El art. 27 de dicha ley dispone: *“Las diversas Administraciones desarrollarán las actuaciones jurídicas, administrativas y técnicas que sean precisas para la efectiva protección de los consumidores. Entre otras llevarán a cabo las siguientes acciones: (...), b) Intervenir como mediadoras en la resolución de los conflictos entre los consumidores y empresarios. (...)”*

²⁸ El art. 30 establece lo siguiente: *“Los poderes públicos de la Comunidad de Madrid propiciarán, en colaboración con las asociaciones de consumidores, la disponibilidad para los consumidores, así como para los profesionales y empresarios, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y*

11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios²⁹, la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco³⁰, etc. Merece especial mención la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, por contener expresamente un concepto de mediación de consumo³¹, y regular los principios sobre los que debe apoyarse la misma, así como la eficacia de los acuerdos alcanzados dentro de la mediación. Por su parte, la mediación hipotecaria, como tal, carece de regulación, aunque por constituir una especialidad de la mediación en consumo, quedaría amparada, a nivel autonómico, en sus preceptos.

A nivel local, nada impide que los Ayuntamientos ofrezcan a sus ciudadanos un procedimiento de mediación con la finalidad de solventar los problemas de sobreendeudamiento hipotecario. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local confiere a los Ayuntamientos, entre otras competencias, la referida a la defensa de consumidores y usuarios (art. 25.2). Al ser la mediación hipotecaria una especialidad de mediación en consumo, los Ayuntamientos tienen competencia suficiente para establecer oficinas o servicios destinados a remediar o paliar las consecuencias del sobreendeudamiento hipotecario de sus vecinos y lo mismo ocurre con las Diputaciones Provinciales³².

A pesar de lo señalado, se puede pensar que la creación de la mediación hipotecaria por parte de las distintas Administraciones Públicas puede fundamentarse también en el mandato constitucional del art. 47 CE, pues nace para preservar el derecho de los ciudadanos a seguir disfrutando de su vivienda. Ello ha provocado que

reclamaciones en materia de consumo sin perjuicio de las actuaciones de inspección y sanción que corresponda a las mismas”.

²⁹ Su art. 28.2 hace mención de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos y promueve su implantación: “Con independencia de lo previsto en el apartado anterior, la Administración del Principado de Asturias promoverá el desarrollo de procedimientos de conciliación, mediación y demás instrumentos de resolución extrajudicial de reclamaciones en materia de consumo”.

³⁰ El art. 12 de dicha normativa establece que “Las Administraciones públicas de Euskadi propiciarán, en colaboración con las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, la disponibilidad para las personas consumidoras y usuarias, así como para los profesionales y empresarios o empresarias, de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo”.

³¹ El art. 132-1 dispone: “La mediación de consumo es un procedimiento que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitar la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio”.

³² Hay que señalar que las Diputaciones provinciales, en virtud de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y los diferentes Estatutos de Autonomía, también pueden ejercer competencias en materia de consumo. Tal posibilidad ha permitido que algunas Diputaciones presten actualmente los servicios relativos a la mediación hipotecaria. Entre ellas, podemos destacar la Diputación provincial de Granada y de Málaga.

algunas Administraciones Públicas hayan instaurado la mediación hipotecaria dentro del área de vivienda, atendiendo a sus competencias en materia de vivienda, como Cataluña. Otras, en cambio, como el País Vasco, la han constituido dentro del área de consumo, con la colaboración posterior del área de vivienda.

La cuestión no está en determinar qué Administración Pública (consumo o vivienda) debe desarrollar la mediación hipotecaria, sino en saber qué sería lo más adecuado para el deudor hipotecario. Y es que, para desarrollar los mandatos constitucionales, la opción más beneficiosa para el deudor debería ser la correcta colaboración entre las áreas de consumo y vivienda, cuyas funciones, coordinadas adecuadamente, permitirían proteger al deudor hipotecario en las distintas fases del préstamo. En primer lugar, el área de consumo ofrecería una labor de información y asesoramiento; en segundo lugar, la misma área desarrollaría la función mediadora, al ostentar el deudor la condición de consumidor también en la fase de reestructuración; y por último, el área de vivienda establecería medidas tendentes a ayudar a deudores hipotecarios que, tras el intento fracasado de mediación, se encontraran en una situación inminente de lanzamiento, con el objeto de alojarles en una nueva vivienda (mediante alquiler social, por ejemplo). Dicha forma de actuar se desarrolla ya en la Comunidad Autónoma del País Vasco y se pretende instaurar en otras como la de Andalucía³³.

En cualquier caso, aunque las Administraciones Públicas tienen competencia para establecer mecanismos voluntarios de resolución de controversias entre consumidores y empresarios, lo cierto es que no existe, como observamos, ninguna norma que establezca un procedimiento legal de mediación en materia de consumo, y menos aún, en materia de mediación hipotecaria. Esta ausencia de norma conduce a una falta de homogeneidad en la práctica, pues cada Comunidad Autónoma o corporación local desarrolla esta forma de resolución de controversias por su cuenta, adaptándola a sus propias necesidades. A pesar de ello, nada ha impedido la implantación de esta nueva especialidad de mediación de consumo.

³³ La Junta de Andalucía, concretamente la Consejería de Fomento y Vivienda, pretende instaurar una oficina de mediación hipotecaria con la participación de los Ayuntamientos y la colaboración de la Dirección General de Consumo. Así se dispone en la noticia, con fecha de 21 de Julio de 2012, titulada "La Junta creará una oficina de mediación para evitar desahucios" (www.ccaa.elpais.com).

4. Fomento y desarrollo de la mediación hipotecaria por las Administraciones públicas.

Tras los intentos fallidos en el Parlamento de instaurar una norma sobre sobreendeudamiento de los consumidores, o de completa protección del deudor frente a las ejecuciones hipotecarias³⁴, y ante la necesidad de ofrecer una solución definitiva a este problema³⁵, distintas Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, como ya se ha dicho, haciendo uso de la competencia en la defensa de consumidores y usuarios, o en materia de vivienda, han puesto a disposición de los ciudadanos el novedoso y solicitado procedimiento de mediación hipotecaria³⁶.

Entre las Administraciones pioneras, se deben destacar a la Generalitat de Cataluña y al Gobierno del País Vasco. En cuanto a la primera, en el año 2010 puso en marcha la Oficina de Atención a familias sobreendeudadas (Ofideute) bajo la coordinación de la Agencia de la Vivienda de Cataluña. Dicha Oficina se pone a disposición de deudores hipotecarios que no han podido llegar a un acuerdo con la entidad bancaria, ofreciendo un servicio gratuito de mediación que pretende paliar los efectos de la crisis en materia de vivienda y evitar, así, la exclusión social por motivo residencial. Hay que señalar que, en los últimos años, el servicio ofrecido por la

³⁴ España no se ha mantenido ajena al fenómeno del sobreendeudamiento de los particulares. Hasta la actualidad se han presentado diversos proyectos de ley relativos a la prevención y tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores, que han buscado proteger a los deudores de buena fe. Entre ellos, podemos mencionar la proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en mayo de 2003, la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió* el 12 de noviembre de 2004, la proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda, presentada por los Grupos Parlamentarios de IU, ICV-EUiA, CHA (La Izquierda Plural) o la Proposición de ley, “de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar, y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda familiar”, presentada en el Parlamento Catalán el 18 de julio de 2012. La última proposición de ley destacable ha sido presentada por el Grupo Parlamentario Socialista a finales del mes de septiembre de 2012 y tiende a paliar los desahucios, estableciendo un procedimiento extrajudicial, el sobreendeudamiento y la insolvencia familiar.

³⁵ Esa necesidad se refleja en el preámbulo del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, al señalar el Gobierno español “la necesidad de abordar una reforma más en profundidad del marco jurídico de tratamiento a las personas físicas en situación de sobreendeudamiento y, en particular, de analizar mejoras sobre los mecanismos de ejecución hipotecaria”, requiriendo una “intervención pública inmediata que palle las circunstancias de mayor gravedad social que se viene produciendo”.

³⁶ Algunos autores han convertido la mediación en la herramienta idónea para paliar el sobreendeudamiento de los consumidores: TAMAYO HAYA, S., “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”: Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI/Coord. Por Leticia García Villaluenga, Jorge Luis Tomillo Urbina, etc., Vol. 1, 2010, p. 243-260.

Generalitat de Cataluña se ha extendido a diversos municipios catalanes, y a alguna entidad comarcal, mediante la firma de convenios de colaboración³⁷.

El Gobierno del País Vasco, por su parte, ha desarrollado un proyecto transversal y colaborativo en el que participan varios Departamentos (concretamente, los de Justicia y Administración, Consumo y Vivienda). A través del mismo se ha puesto en marcha recientemente el Servicio, “de carácter público y gratuito”, de ayuda al sobreendeudamiento familiar, que persigue ayudar a los deudores que tengan dificultad o imposibilidad de continuar el pago del préstamo hipotecario, siempre y cuando cumplan determinados requisitos, que son los siguientes: 1) empadronamiento en el País Vasco, 2) la imposibilidad de pago no debe ser imputable directamente a la unidad familiar (deben ser deudores de buena fe), y 3) posesión de una única vivienda, la cual no puede tener un valor de adquisición superior a 350.000 euros. El Servicio de mediación hipotecaria busca ofrecer posibles alternativas ante el impago o posible impago de las cuotas hipotecarias. Si ello no fuera posible ofrece a los ciudadanos una serie de medidas que pretenden evitar la exclusión social en el caso de la pérdida inevitable de la vivienda³⁸.

Al parecer, a nivel autonómico, sólo las Comunidades del País Vasco y Cataluña han desarrollado una política de esta amplitud y características. En el resto de CCAA los servicios de mediación hipotecaria están siendo ofrecidos por Ayuntamientos e incluso por Diputaciones Provinciales.

Respecto a los Ayuntamientos, el número de oficinas municipales que ofrecen un servicio de mediación hipotecaria han ido aumentando de forma vertiginosa durante el año 2012. Tal ha sido el apogeo de estos nuevos servicios municipales, que los podemos encontrar en numerosos municipios³⁹. Generalmente, su puesta en marcha se ha efectuado gracias a la cooperación -mediante convenios- entre Ayuntamientos y

³⁷ Para más información se puede consultar en siguiente enlace: http://www.agenciahabitatge.cat/wps/portal/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=ahc/webCA/serveisTramits/Ofideute

³⁸ Para más información se puede consultar en siguiente enlace: http://www.etxebide.euskadi.net/x39-contgen/es/contenidos/informacion/servic_mediacion_hipo/es_etxecont/etxecont.html

³⁹ Entre el abanico de municipios que ofrecen este nuevo mecanismo podemos destacar los ofrecidos en los siguientes Ayuntamientos: Torrelavega, Pamplona, Reus, Terrasa, Sagunto, Almería, Jerez de la Frontera, Valencia, Castellón, Córdoba, Rubí, Zaragoza, Torrente, Gijón, Cádiz, Gerona, Mollet, Ourense, Antequera, etc.

Colegios de Abogados; otros Ayuntamientos han ofrecido este servicio en colaboración con asociaciones de mediación.

III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

Aunque las distintas Administraciones Públicas desarrollan la mediación hipotecaria de manera diferente es posible identificar una serie de elementos comunes:

1. Las partes en conflicto. Posición e interés en negociar.

Todo proceso de mediación pretende solucionar conflictos entre partes con posiciones e intereses contrapuestos o divergentes. Lo mismo ocurre con la mediación hipotecaria. Esta nueva especialidad persigue solventar los conflictos existentes entre deudores y acreedores hipotecarios. El *conflicto* surge cuando el deudor se encuentra en dificultades o ya imposibilitado para hacer frente al pago de la cuota hipotecaria, y en riesgo de ejecución o pérdida de su vivienda. Es el llamado “*conflicto hipotecario*”.

En este tipo de conflictos los *agentes*, o personas involucradas, “el deudor y acreedor hipotecarios”, ostentan percepciones, posiciones e intereses muy diferentes⁴⁰.

Ambas partes tienen una *percepción* distinta de la situación. El deudor percibe al banco como la entidad que hizo un buen negocio con el préstamo y pretende despojarle de su vivienda, mientras que el banco percibe al deudor como la persona que no quiere cumplir su obligación.

A pesar de tan diferentes percepciones, y ante el conflicto surgido, ambos agentes suelen reunirse para buscar una solución. Es en esta fase cuando cada uno de los agentes manifiesta su *posicionamiento*. El deudor no puede pagar las cuotas y quiere que el banco le conceda un periodo de carencia, le alargue el plazo, con la consecuente reducción de la cuota hipotecaria, y sobre todo, que no le ejecute la vivienda. El

⁴⁰ SOLETO MUÑOZ, H (coord.) y OTERO PARGA, M. (coord.): *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, 351 p.

acreedor hipotecario, por su parte, quiere que el deudor pague sus cuotas y le restituya el préstamo en la forma convenida.

La posición es la plataforma desde donde el agente manifiesta su exigencia y defiende su postura, pero detrás de cada posicionamiento existen *intereses o deseos* que constituyen la causa y la finalidad de la postura manifestada. El deudor pretende reestructurar el préstamo hipotecario, sus condiciones, porque desea mantener su vivienda y así poder seguir haciendo uso y disfrute de la misma. El acreedor hipotecario, “la entidad financiera”, desea la restitución del préstamo porque no quiere que incurra en mora, ni tener que iniciar una posible ejecución hipotecaria sin postores, teniendo que adjudicarse una vivienda sin salida en el mercado inmobiliario. En el llamado “*conflicto hipotecario*”, tales intereses y deseos, no sólo son preocupaciones o temores, sino también el motor que genera el posicionamiento de cada uno de los agentes en la fase de negociación.

Si observamos la posición e intereses de ambos, se aprecia una necesidad común: *mantener el préstamo hipotecario*. El deudor necesita que perviva el préstamo para no sufrir la pérdida de la vivienda, y la misma necesidad tiene el acreedor, ya que el incumplimiento del préstamo le traería consecuencias negativas en el actual contexto de crisis económica (mora, posible adjudicación, obligada provisión de fondos de la vivienda⁴¹). En tales consecuencias, el acreedor hipotecario es el primer interesado en que perviva el préstamo hipotecario, y en efectuar una adecuada reestructuración del mismo. No obstante, dicho interés puede variar dependiendo de la cantidad de capital amortizado⁴².

⁴¹ Debemos recordar que si el banco se adjudica la vivienda, ante la ausencia de postores, el mismo se encontrará obligado a aprovisionar la misma en virtud de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, implicando un coste para la entidad financiera.

⁴² Las entidades financieras no pretenden adquirir o adjudicarse la vivienda, suelen estar dispuestas a hablar para alcanzar soluciones que resuelvan las morosidades hipotecarias. No obstante, pueden no tener interés en negociar. Si el deudor tiene amortizada una gran parte de la deuda, al banco le interesará posiblemente la ejecución hipotecaria, pero si la situación es al contrario, y el deudor ha amortizado una pequeña parte del préstamo, al banco le interesará mantener el mismo, siendo más proclive a la mediación hipotecaria y a la búsqueda de soluciones. Ello porque cuando existe una gran cantidad pendiente de amortizar, el saldo vivo del préstamo obliga a la entidad a provisionar, en la ejecución no obtendría el valor suficiente para cubrir la deuda y la adjudicación del bien supondría costes adicionales para la entidad, interesando a la entidad acreedora la mediación hipotecaria, y consecuentemente, la pervivencia del préstamo hipotecario.

Como en todo conflicto, en el llamado “*conflicto hipotecario*”, se visualizan puntos divergentes, pero también necesidades comunes. En concreto, mantener el préstamo hipotecario, y ello constituye un punto de partida idóneo para alcanzar un acuerdo satisfactorio en el proceso de mediación.



2. La figura del mediador. Principios.

El proceso de mediación hipotecaria será desarrollado y guiado por medio de un tercero que constituirá la herramienta de comunicación fundamental entre las partes: el mediador hipotecario.

El mediador hipotecario constituye una figura neutral e imparcial que no se sitúa por encima de las partes sino entre ellas, facilitando la comunicación de la una con la otra. Tras un intento fallido de negociación entre deudor y acreedor hipotecario, la figura e intervención asistida del mediador puede ayudar a restablecer la confianza de las partes, mejorar la escucha mutua, permitir identificar las necesidades comunes y también generar las opciones mediante las que poder obtener un acuerdo mutuamente aceptable.

Es obvio que el conflicto hipotecario puede constituir un conflicto bastante complejo, que implique la necesidad, para el mediador, de tener conocimientos jurídicos (complejidad que ha ido aumentando en los últimos años). Pero no sólo eso, el mediador debe efectuar su labor atendiendo y respetando una serie de principios. ¿De qué principios hablamos? y ¿para qué sirven?

Dichos principios, que guían la labor del mediador, su “buen hacer”, suponen un conjunto de garantías respecto del resultado del proceso, tanto para el deudor como para el acreedor hipotecarios. Tales principios son los presupuestos sobre los que se asienta la mediación, y, aunque no se encuentren plasmados en ninguna normativa nacional⁴³,

⁴³ A nivel autonómico, algunas Comunidades Autónomas han regulado la mediación en consumo, o bien la mediación con carácter general, siendo de aplicación sus principios. En el primer caso, podemos mencionar la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, que recoge los principios aplicables a la mediación en consumo y que también lo serían para la mediación hipotecaria, al constituir una especialidad de este tipo de mediación. Dicha ley recoge los principios de imparcialidad, voluntariedad, universalidad y confidencialidad (art. 132-2). En el segundo caso, nos encontramos con la

pueden encontrarse en la Recomendación de 30 de marzo 1998, relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (1998/257/CE), la cual fue ampliada posteriormente por la Recomendación, de 4 de abril de 2001, relativa a los Principios aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los litigios en materia de consumo (2001/310/CE).

Dichas Recomendaciones se aplican a todos los procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, tanto a aquellos en los que un tercero propone o impone una solución, como el arbitraje, como en aquellos en los que un tercero actúa acercando las posiciones de las partes para que alcancen una solución de mutuo acuerdo, como la mediación⁴⁴. Al constituir la mediación hipotecaria una especialidad de mediación de consumo, así como un procedimiento extrajudicial donde un tercero ayuda a deudor y acreedor a acercar posiciones para alcanzar un acuerdo, podemos concluir que los principios en ellas contenidos pueden extrapolarse a nuestro caso. Consecuentemente, las distintas Administraciones Públicas que ofrezcan a los ciudadanos un procedimiento de mediación hipotecaria deberán tener en cuenta los siguientes principios para garantizar buenos resultados, asegurar su aplicación y aumentar la confianza de los consumidores en la mediación hipotecaria:

- a) *Principio de independencia*: El Consejo establece que la “*independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad de su acción*”. Como vemos, se pretende preservar la llamada “ajeneidad del mediador”, ajeneidad que se manifiesta en dos vertientes: la primera, respecto de los agentes y la segunda, respecto al conflicto. En mediación nos referimos a ello como

Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, aplicable a todo tipo de mediación, y que recoge los principios de imparcialidad, neutralidad, voluntariedad, confidencialidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, contradicción, inmediatez y presencialidad (arts. 5 y ss.).

⁴⁴ El Considerando nº9 de esta Recomendación establece que: “*Los principios establecidos en esta Recomendación no afectan a los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE, que se aplican a los procedimientos extrajudiciales que, con independencia de su denominación, conducen a la solución de un litigio gracias a la intervención activa de un tercero que propone o impone a las partes una decisión con efecto obligatorio o no. Los principios deberán respetarse en cualquier otro procedimiento, independientemente de su denominación, en el que un tercero facilita la resolución de litigios acercando a las partes y ayudándoles a encontrar una solución de común acuerdo, por ejemplo, haciendo propuestas informales sobre las opciones de solución*”.

imparcialidad y neutralidad. *La imparcialidad* implica que el mediador hipotecario no puede tener ninguna relación personal o profesional con ninguna de las partes, y por tanto, no puede representar los intereses de ninguna de ellas. El mediador debe mantener una situación de equidistancia y equilibrio respecto de las partes. En cuanto a *la neutralidad*, la misma supone que el mediador no puede imponer una solución a las partes u orientarlas hacia soluciones que se correspondan con su escala de valores; es decir, debe ayudar a las partes a formular sus propias soluciones y decisiones sin favorecer impropriamente a ninguna de ellas⁴⁵. Sin embargo, en el ámbito de la mediación hipotecaria surgen varias preguntas: ¿Podemos hablar de imparcialidad cuando los servicios de mediación hipotecaria tienen como principal objetivo resolver el problema de sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios?, ¿Cómo puede el mediador hipotecario no imponer sus ideas si su labor se enmarca en una institución protectora de los consumidores? Sea lo que sea, proteger al deudor y tratar de salvaguardar su vivienda no implica dejar de respetar las posiciones de cada una de las partes y garantizar la igualdad en la negociación.

- b) *Principio de transparencia*: tal principio pretende garantizar que las partes tengan conocimiento e información sobre los aspectos concernientes al proceso y sus órganos; en especial sobre requisitos, plazo de realización, valor jurídico del acuerdo, normas que rigen el proceso, etc.
- c) *Principio de eficacia*: garantiza la facilidad de acceso y uso del procedimiento, la gratuidad y celeridad del mismo, la ausencia de necesidad de acudir con representante legal, y el control del comportamiento de las partes durante y después de la conclusión del procedimiento. En virtud del mismo, los deudores hipotecarios deben

⁴⁵ Blanco Carrasco, M.; *Mediación y consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005, 582 p.

poder acceder con facilidad al procedimiento (lo que supone residenciarlo en su localidad o Comunidad Autónoma); igualmente, en su virtud, el proceso debe ser gratuito (*principio de gratuidad*) y se desarrollará de forma flexible y rápida, en comparación con otros procesos (*principio de celeridad*). Además, los deudores hipotecarios deberán poder acudir sin la presencia de un abogado, aunque nada impide que puedan hacerlo (*principio de representación*).

- d) *Principio de equidad*: este principio, que fue introducido en la Recomendación de 4 de abril de 2001, implica, respecto al procedimiento, la posibilidad de aceptar o rechazar el procedimiento en cualquier momento, fomentar que las partes cooperen (por ejemplo, facilitando información), tener buena fe durante el proceso, y que las partes puedan aceptar o rechazar las soluciones propuestas, especialmente en la hipótesis (de la que deben ser informados) de que la propuesta pueda ser menos beneficiosa que la que podría imponer un órgano judicial. Además deberán ser informadas de la posibilidad de acudir a un asesor, de acudir a otro procedimiento y del valor de la solución alcanzada en mediación. Tales derechos forman parte también de la mediación hipotecaria⁴⁶.
- e) *Principio de contradicción*: en virtud del mismo todas las partes deben tener la posibilidad de ofrecer su punto de vista y de conocer todas las posturas y todos los hechos expuestos por la otra parte, así como las declaraciones de posibles expertos.
- f) *Principio de legalidad*: el acuerdo alcanzado no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley, lo que en el ámbito de la mediación

⁴⁶ Por ejemplo, ambas partes, deudor y acreedor, pueden abandonar el procedimiento en cualquier momento, deben cooperar facilitando información para efectuar una adecuada reestructuración del préstamo hipotecario (el acreedor debe conocer fehacientemente la situación económica del deudor) o tienen el derecho a aceptar o rechazar el acuerdo alcanzado. Por su parte, el acreedor hipotecario puede acudir a la ejecución hipotecaria posteriormente sino le satisface el posible resultado de la mediación.

hipotecaria, implica que el mediador no pueda permitir que el acuerdo alcanzado vulnere principios o normas que protejan al deudor hipotecario. Por ejemplo, el mediador no puede permitir que se incumpla el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuando el deudor entre en su ámbito de aplicación y la entidad financiera haya suscrito el Código de buenas prácticas, o bien, que en el acuerdo de reestructuración se establezcan cláusulas que puedan resultar abusivas para el deudor conforme al TRLGDCU.

- g) *Principio de libertad*: la solución alcanzada solo podrá ser obligatoria para las partes cuando estas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente.

Los principios mencionados, recogidos en las Recomendaciones europeas, de carácter no vinculante, decimos que son trasladables y se pueden aplicar en los procedimientos de mediación hipotecaria. No obstante, se pueden deducir otros principios que informan actualmente el proceso de mediación hipotecaria. Entre ellos, el *principio de especialidad*, dada la cualidad de los sujetos (deudor y acreedor hipotecarios) y su ámbito de aplicación (problemas de sobreendeudamiento hipotecario y protección de la vivienda principal); el *principio dispositivo o de voluntariedad*, al ser un proceso al que las partes acuden libremente, en el que determinan el contenido del acuerdo y que pueden abandonar en cualquier momento; y el *principio de confidencialidad*, que implica que las partes en conflicto y el propio mediador no pueden utilizar la información vertida en el proceso fuera del mismo (por ejemplo, en un procedimiento judicial posterior).

3. Etapas del proceso de mediación hipotecaria.

Aunque la mediación hipotecaria no dispone de un procedimiento legalmente establecido como el previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, para mediaciones en

asuntos civiles y mercantiles, es posible identificar desde el inicio hasta la firma definitiva del acuerdo varias etapas, divididas, a su vez, por uno o varios encuentros o reuniones. Concretamente podemos distinguir las siguientes:

a) Primera etapa: *Contacto y conocimiento de la mediación hipotecaria.*

En esta primera etapa el deudor hipotecario, preocupado por las dificultades o la imposibilidad de continuar amortizando el préstamo hipotecario, contacta con la oficina o el servicio de mediación hipotecaria, ya sea a través de trato directo, vía telefónica, o bien, por internet⁴⁷. Esta etapa resulta de vital importancia puesto que constituye el primer contacto del deudor hipotecario con esta nueva especialidad de mediación en consumo. Los servicios públicos deberán explicar e informar al deudor sobre los distintos aspectos del sistema de mediación hipotecaria. Entre tales aspectos, se deberá informar sobre quienes pueden acceder, la voluntariedad del proceso, como funciona, principios, ventajas e inconvenientes, coste, etc.

Si el deudor accede a participar deberá aportar al servicio de mediación hipotecaria aquellos documentos que le sean requeridos y que sean imprescindibles para poder disfrutar de dicho servicio⁴⁸. Una vez entregados los documentos, y acreditado el cumplimiento de los requisitos de acceso al servicio, la oficina de mediación evaluará la situación económica del deudor hipotecario.

⁴⁷ El Deudor hipotecario que acude a un servicio de mediación hipotecaria puede encontrarse en distintos niveles de sobreendeudamiento: 1) Puede acudir sin haber dejado de pagar la cuota hipotecaria, pero previendo que no va a poder continuar con su pago; 2) también cuando ya haya dejado de pagar las cuotas hipotecarias, sin existencia de demanda por parte de la entidad bancaria; y 3) en aquellas situaciones en las que ya haya dejado de pagar y haya recibido demanda por parte del acreedor. Como podemos observar, se trata de situaciones completamente distintas que denotan grados de endeudamiento hipotecario que van de una menor a una mayor gravedad.

⁴⁸ Generalmente, los distintos servicios de mediación hipotecaria requieren al deudor hipotecario distintos documentos en relación con aspectos personales y económicos (DNI de los miembros de la unidad familiar, libro de familia, vida laboral de los miembros de la unidad familiar, certificado del INEM acreditativo de las prestaciones, cuantía y periodo, copia de solicitudes de ayudas a los servicios sociales, certificado de empadronamiento en la ciudad que presta los servicios de mediación hipotecaria, ingresos por todos los conceptos de todos los miembros de la unidad familiar, bienes inmuebles, muebles, otros, rentas de arrendamiento, cargas, préstamos, créditos, obligaciones, etc.), y además, los datos relacionados con el préstamo hipotecario y la entidad prestamista (Escritura de compraventa de la vivienda, nota simple registral del inmueble, escritura del préstamo hipotecario correspondiente, situación actualizada de la hipoteca mediante certificado de la entidad bancaria, datos de la entidad bancaria, etc.). Hay que señalar que algunos servicios de mediación hipotecaria exigen para su acceso, además de los documentos anteriores, un intento previo de negociación con la entidad bancaria.

b) Segunda etapa: *Evaluación de la situación económica del deudor.*

Esta etapa, de carácter interno, sirve para evaluar la situación económica del deudor hipotecario y determinar si la misma permite al deudor participar en el proceso. Tras la entrega de los documentos relativos a la escritura pública de la vivienda, al préstamo hipotecario, a las percepciones del deudor o la unidad familiar, etc., el servicio de mediación efectuará una evaluación sobre la situación de sobreendeudamiento hipotecario del deudor. Durante esta etapa el servicio podrá reunirse con el deudor para solventar aquellas dudas que consideren necesarias en relación con la información facilitada, e incluso para ofrecer un servicio de asesoramiento. La evaluación efectuada permitirá conocer la realidad económico-financiera del deudor y de su familia, resultando su conocimiento de vital importancia para la labor del mediador hipotecario, puesto que, atendiendo a dicha situación, el número de soluciones posibles será mayor o menor, siendo diferente el grado de viabilidad de las mismas. En algunos casos la mediación será inviable por la grave situación económica del deudor.

c) Tercera etapa: *Contacto con el acreedor hipotecario.*

Analizada la situación de sobreendeudamiento del deudor, y comprobada su viabilidad, el servicio de mediación se pondrá en contacto con el acreedor hipotecario con la finalidad de informarle del proceso de mediación hipotecaria e invitarle a participar en el mismo. Este primer contacto con el acreedor debe efectuarse adecuadamente. Para ello, el mediador deberá informar adecuadamente al acreedor, explicando las ventajas del servicio y la posible viabilidad del mismo. Si el acreedor se niega a participar voluntariamente no habrá proceso de mediación alguno. En cambio, si accede a participar, se invitará a ambas partes a participar en la etapa de premediación⁴⁹.

d) Cuarta etapa: *premediación.*

⁴⁹ Con carácter general, las entidades bancarias que acuden al servicio de mediación hipotecaria, decidiendo participar en el mismo, designan a interlocutores que actuarán, en su nombre y representación, durante las etapas de premediación, negociación y redacción del acuerdo.

Todas las partes enfrentadas en el conflicto, deudor y acreedor, y si lo desean, sus representantes, se reúnen con el mediador. En esta intervención el mediador deberá cumplir una serie de objetivos. En primer lugar, informar a las partes detalladamente de la mediación hipotecaria (finalidad, principios, etc.). En segundo lugar, crear un clima de confianza, haciendo ver que el mediador es una persona imparcial y neutral, que escuchará a ambas partes, y también reconfortar a las partes por haber tomado una decisión correcta (acudir a mediación). En tercer lugar, reforzar la voluntariedad del proceso y el poder que tienen las partes en el mismo, tanto deudor como acreedor, mostrando que son libres de decidir. Por último, identificar el problema (el conflicto hipotecario) y la viabilidad de alcanzar una solución de mutuo acuerdo. Una vez explicado tales aspectos, se invitará a las partes a comenzar el proceso de mediación.

e) Quinta etapa: *negociación sobre el “conflicto hipotecario”*.

Esta etapa se suele dividir generalmente en varios encuentros. Al principio el mediador hipotecario invitará a las partes a explicar su problema, tanto al deudor como al acreedor, efectuando posteriormente un resumen de la historia producida. El objetivo de esta tarea es hacer ver a las partes que su problema no es independiente, que ambos son protagonistas del conflicto hipotecario, es decir, que existe un co-protagonismo en el mismo, afectándole a ambos.

Posteriormente el mediador deberá buscar el interés subyacente, las necesidades comunes de las partes. El mediador deberá dejar claro que existen alternativas y preguntar a las partes que otras opciones han pensado para solucionar el problema del sobreendeudamiento. Concretamente, trabajará en la generación de alternativas y opciones que puedan resultar beneficiosas para ambos agentes del conflicto, evitando principalmente el desahucio del deudor. Si el deudor y acreedor llegan a un acuerdo, comenzará a trabajar en la redacción del mismo.

f) Sexta etapa: *redacción de acuerdo*.

En esta última etapa las partes, con la ayuda del mediador, elaborarán y redactarán el acuerdo. Dicho acuerdo permitirá solventar, en mayor o menor medida, el problema de sobreendeudamiento del deudor hipotecario.

4. Contenido de la negociación. Posibles soluciones.

La negociación sobre las posibles soluciones o alternativas al problema de sobreendeudamiento hipotecario del deudor puede resultar bastante compleja. El mayor o menor número de opciones, así como su viabilidad, dependerá de la gravedad de la situación económica del deudor y, cómo no, de la voluntad de ambas partes. El número de posibles soluciones irá disminuyendo conforme más grave sea la situación económica del deudor. A mayor gravedad, más difícil será evitar la pérdida de la vivienda. En cualquier caso, y con carácter general, podemos identificar varias soluciones, que las partes aceptarán, siempre y que ello sea posible:

- a) *Reestructuración del préstamo hipotecario*: Una de las primeras opciones para aminorar el problema del sobreendeudamiento hipotecario consiste en modificar las condiciones del préstamo hipotecario. Dicha modificación persigue un cambio de condiciones contractuales que permitan al deudor seguir amortizando la hipoteca. Para ello, se buscará aminorar la cuantía de las cuotas hipotecarias, pagando el deudor una cantidad inferior, mediante la reducción de la cuota o los intereses, o bien concediendo un periodo de carencia⁵⁰.

- b) *Rehabilitación del préstamo hipotecario*: mediante dicho acuerdo, el prestamista acepta que se puedan pagar todas las sumas requeridas para actualizar el préstamo (cuotas no amortizadas, etc.). En el momento en el que se paguen esas cantidades, se desestimará la ejecución hipotecaria o

⁵⁰ Dichos cambios o modificaciones se obtienen introduciendo en el préstamo hipotecario las siguientes cláusulas: 1) Alargamiento del plazo de amortización (se alarga el plazo para amortizar el préstamo hipotecario, por ejemplo, de 30 a 40 años, reduciéndose la cuota hipotecaria), 2) reducción de intereses (remuneratorios, de demora u otros gastos asociados al préstamo) o cambio del tipo de interés fijado, 3) establecimiento de un periodo de carencia (Durante un periodo determinado de tiempo el deudor cesa en su obligación de pagar la cuota hipotecaria esperando a que venga en mejor fortuna, o bien cesa de pagar los intereses del préstamo, por ejemplo), etc. En el caso de que se reestructure el préstamo hipotecario, reduciendo la cuota hipotecaria, y el deudor siga debiendo cuotas anteriores, se podrá acordar el pago de dichas cuotas de forma escalonada (por ejemplo, se hacen pagos mensuales conforme a la nueva reestructuración y un pago mensual adicional que se aplica a la suma en mora, o bien, cada ciertos meses el deudor paga una cantidad en concepto de cuotas en mora). De todas formas, la reestructuración puede efectuarse de diversas maneras atendiendo a las presentes y futuras condiciones económico-financieras del deudor hipotecario.

no se iniciará la misma, volviendo el deudor al pago normal o al pago reestructurado fijado por las partes.

- c) *Quita*: Es posible que la entidad bancaria pueda conceder una quita al deudor hipotecario, perdonándole un porcentaje determinado del capital pendiente de amortización.
- d) *Tiempo de refinanciamiento*: Las partes pueden acordar establecer un periodo de tiempo determinado para que el deudor hipotecario pueda buscar una persona que se subroge en el préstamo hipotecario (venta de la vivienda y subrogación del comprador), adquiriendo la condición de deudor, o bien una entidad financiera que quiera subrogarse como acreedor y que le ofrezca mejores condiciones de amortización del préstamo hipotecario.
- e) *Dación en pago*: Si las partes aceptan efectuar una dación en pago, el deudor hipotecario entregará la vivienda a la entidad acreedora, cancelándose la deuda hipotecaria.
- f) *Venta del inmueble*: Se le concede al deudor un plazo para efectuar la venta del bien inmueble hipotecado, y con el producto liberarse de la deuda pendiente.
- g) *Suspensión del lanzamiento*: las partes acuerdan la suspensión del lanzamiento para que el deudor hipotecario pueda buscar otra vivienda donde instalarse.
- h) *Otros posibles acuerdos*: Las partes pueden establecer otros acuerdos que permitan paliar o aminorar la situación de sobreendeudamiento hipotecario, y a la vez la satisfacción más o menos inmediata del

acreedor (la administración para pago del art. 690 de la LEC⁵¹, plazos de carencia, la venta por entidad especializada del art. 641 de la LEC, etc.)⁵².

Si la mediación hipotecaria fracasa y el deudor hipotecario se encuentra en la última fase de la ejecución hipotecaria, a punto de sufrir la pérdida de su vivienda, se arbitran otras soluciones tendentes a evitar la exclusión social. En este sentido, algunas Administraciones Públicas ponen a disposición de estos deudores hipotecarios medidas destinadas a facilitar el acceso a una vivienda de alquiler protegido, así como otras medidas destinadas a evitar la exclusión social.

5. Eficacia del acuerdo de mediación.

El acuerdo de mediación hipotecaria tendrá eficacia obligacional como cualquier otro contrato. Las partes, deudor y acreedor hipotecarios, en virtud de su autonomía privada (art. 1255 CC), con la ayuda de un tercero, han configurado un contrato y estableciendo unas disposiciones de mutuo acuerdo. La naturaleza contractual del acuerdo les permitirá exigirse el cumplimiento de las estipulaciones⁵³.

IV. VENTAJAS DE LA INSTAURACIÓN DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

Resulta lógico que todo proceso, sea judicial o extrajudicial, pueda presentar inconvenientes, y también el proceso de mediación hipotecaria. Sin embargo, este

⁵¹ Dicha opción se enumera como alternativa a la ejecución hipotecaria por algunos autores: NUÑEZ IGLESIAS, A. Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial. En: *La venta extrajudicial de bien hipotecado. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012*. Granada: Comares, 2012, pp. 1-26; etc.

⁵² Hay que recordar que, para aquellos deudores hipotecarios que formen parte del ámbito de aplicación del RD-Ley 6/2012, de 6 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y para aquellas entidades financieras que se encuentren adscritas al Código de Buenas Prácticas del mismo, serán de aplicación las medidas contenidas en el mismo, debiendo velar el mediador hipotecario por su inclusión en el acuerdo mediado y su posterior cumplimiento.

⁵³ En cualquier caso, sería pertinente analizar la naturaleza jurídica de dicho acuerdo, su carácter meramente precontractual, contractual o transaccional. Sin embargo, la extensión de este trabajo no nos permite detenernos con detenimiento en el mismo.

sistema puede presentar múltiples ventajas, si se configura y desarrolla de forma idónea por las Administraciones Públicas. Entre aquellas podemos destacar las siguientes:

- Ofrece un medio de asesoramiento legal al deudor hipotecario.
- Favorece la protección del deudor hipotecario como consumidor durante la fase de negociación y reestructuración del préstamo hipotecario.
- Permite un control previo y *a posteriori* de posibles cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios.
- Ofrece a los deudores y acreedores hipotecarios un mecanismo rápido, flexible y gratuito, en comparación con los procedimientos legales institucionalizados (concurso de acreedores y ejecución hipotecaria)
- Ofrece un espacio idóneo para generar opciones que puedan ser favorables tanto al deudor como al acreedor hipotecario.
- Constituye un mecanismo para aminorar el fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario, carente de regulación legal en nuestro país.
- Constituye un cauce idóneo para desarrollar y ejecutar lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes en protección de los deudores hipotecarios.
- Favorece la descongestión de los Juzgados, al evitar que muchos acreedores acudan al procedimiento de ejecución hipotecaria.
- Constituye una opción novedosa para aquellos deudores hipotecarios que no puedan beneficiarse del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios⁵⁴.
- Desarrolla una labor propia del Estado de Bienestar Social, evitando los desahucios y la consiguiente exclusión social, en aras a salvaguardar el derecho a una vivienda digna.

⁵⁴ Dicha norma paraliza durante dos años los desahucios que afecten a deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad, siempre y cuando se encuentren en alguna de las circunstancias económicas previstas en el artículo primero.

V. NOTAS SOBRE EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

La hipoteca, o más bien su praxis (cláusula de vencimiento anticipado, intereses moratorios abusivos, etc.), y el principio de responsabilidad ilimitada del art. 1911 del CC se han convertido en una “tragedia” cuyo último acto es el desalojo de la vivienda y la exclusión social. Sin embargo, la institucionalización de la mediación como alternativa a las vías procesales ordinarias (ejecución hipotecaria y concurso de acreedores), está permitiendo que un buen número de deudores hipotecarios encuentre una salida. Así lo avalan distintos informes⁵⁵ y noticias⁵⁶ que señalan porcentajes de éxito bastante notables.

Con todo, se debe ser prudente. La reciente creación y puesta a disposición a los ciudadanos del servicio de mediación hipotecaria hace pocos meses -aunque algunas Administraciones, como la Generalitat de Cataluña, llevan funcionando desde hace un par de años aproximadamente- hace que sea pronto para evaluar su eficacia.

En España está ocurriendo un fenómeno similar al producido en EEUU. Tras la instauración del Programa “*Making Home Affordable*” por el Presidente Obama⁵⁷, tendente a ayudar a los propietarios de viviendas para evitar la ejecución hipotecaria, diferentes Estados, como Florida⁵⁸ (Condado de Hillsborough, de Miami-Dade, de

⁵⁵ En la Memoria Semestral, de 12 de enero a 12 de julio de 2012), de la Oficina de Mediación hipotecaria de Torrelavega (Cantabria) se dispone que “en los 6 meses de funcionamiento de la oficina, se ha obtenido un porcentaje de éxito en cuanto a la búsqueda de soluciones para los afectados de un 58,82%”.

⁵⁶ Podemos destacar las siguientes noticias que ponen de manifiesto el éxito de los servicios de mediación hipotecaria de distintas Administraciones Públicas: “El Servicio de Mediación ha cerrado 142 casos en su primer año con un porcentaje de éxito del 85%” (www.europapress.es); “El servicio de mediación del País Vasco ha paralizado cuatro desahucios en un mes” (www.abc.es) ; En la noticia “Acerca de las Oficinas de Intermediación hipotecaria”, de 15 de agosto de 2012 (www.mediacionarbitraje.eu), se habla de un 68 por ciento de éxito; Por último, en la noticia “Ofideute, la oficina de intermediación hipotecaria de Cataluña, publica resultados”, con fecha de 28 de septiembre de 2011 (www.comparativadebancos.com), se establece un porcentaje de éxito del 37%, evitándose 259 desahucios.

⁵⁷ Se trata de un Programa Federal creado por el Presidente Obama a través de la Ley de Estabilidad Financiera del año 2009 (Financial Stability Act of 2009) surgido tras la crisis suprimida de hipotecas en los Estados Unidos. Mediante dicho programa se pretende ayudar a los deudores hipotecarios a evitar la ejecución de su vivienda a través de modificaciones y refinanciaciones de sus préstamos hipotecarios. Para ver con más detenimiento su funcionamiento se puede consultar la siguiente página web, donde se informa de los distintos programas, acceso a los mismos, etc.: <http://www.makinghomeaffordable.gov/spanish/Pages/default.aspx>.

⁵⁸ En diciembre de 2009, la Suprema Corte de Florida ordenó, mediante la Orden Administrativa SC09-54, la obligatoriedad de acudir a un proceso de mediación antes de cualquier orden final de ejecución hipotecaria.

Hillsborough, etc.) Nevada, Maryland, Illinois (condado de Cook), etc., están promocionando los servicios de mediación hipotecaria. En España, tras el RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, la mediación hipotecaria está llamada a cobrar un gran protagonismo en los próximos años, aunque la publicación de esta última norma pueda llegar a provocar una aminoración considerable de su actividad.

Hay que advertir que los avances de diverso tipo en legislación protectora del deudor hipotecario no tienen porqué terminar con la mediación hipotecaria como servicio administrativo de carácter voluntario, siendo posible que pueda configurarse como proceso previo, e incluso obligatorio, al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Así ha ocurrido en Puerto Rico, que influido por las políticas de ayuda a los deudores hipotecarios en los EEUU, ha promulgado la Ley para Mediación Compulsoria y Preservación de tu Hogar en los procesos de Ejecuciones de Hipotecas de una Vivienda Principal (Ley Núm. 184 de 17 de agosto de 2012), cuyo articulado configura la mediación hipotecaria como un trámite previo al proceso de ejecución hipotecaria⁵⁹. En otros países, como México, la mediación hipotecaria constituye un gran éxito⁶⁰. Posiblemente instaurar en España la mediación hipotecaria con carácter previo al proceso de ejecución hipotecaria ayude a disminuir la tensión social que existe en torno a los conflictos hipotecarios.

Sea cual sea el futuro de este nuevo mecanismo de solución de conflictos hipotecarios, lo cierto es que cientos de deudores hipotecarios están siendo ayudados por los distintos servicios de mediación hipotecaria, evitándose desahucios, pérdida de

⁵⁹ Dicha Ley se encuentra a disposición en la página web de la Oficina de Servicios Legislativos de Puerto Rico (<http://www.oslpr.org/LeyesPopUp.asp?pages=13&tipo=2&year=2012>)

⁶⁰ En este sentido, destacan las palabras del presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, Edgar Elías, según el cual “En comparación con las opciones de resolución jurisdiccional, las posibilidades de solución que ofrece la mediación para la crisis hipotecaria son prácticamente ilimitadas”. Según el mismo magistrado: “*El modelo que hemos construido en Ciudad de México está lo suficientemente probado, de tal suerte que ha sido replicado en otros estados de la república*”. Así mismo el Presidente destaca que “*el 95 % de las mediaciones que se atendieron durante el año 2010 en materia civil-mercantil, correspondieron a asuntos hipotecarios*”. Dicha palabras se vertieron en una entrevista efectuada por la Universidad de Barcelona, disponible en: http://www.ub.edu/web/ub/es/menu_eines/noticias/2011/Entrevistes/elias_azar.html.

VÍCTOR BASTANTE GRANELL

Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares

viviendas, o, al menos, impidiendo que ciertos deudores continúen al borde del “abismo” hipotecario.



34