

## LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA EN SEDE DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS. LUCES Y SOMBRAS SOBRE LA CUESTIÓN

**María Elena Cobas Cobiella**

*Profesora Contratada Doctora.  
Facultad de Derecho. Departamento Civil.  
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Josefina BOQUERA MATARREDONA, don Manuel BROSETA DUPRÉ, don Juan GRIMA FERRADA, don Jorge MARTÍ MORENO y don José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

---

### EXTRACTO

La crisis económica es un problema jurídico, social y político. Es dura y lenta, y es cuestión de responsabilidad social, y debemos tomar partido, lo que significa no solo tomarlo, sino hacerlo acertadamente y con los instrumentos jurídicos que el derecho nos ofrece. Por ello, dentro del conjunto de soluciones posibles he optado por la «intermediación hipotecaria», que es una de las propuestas más novedosas para paliar la situación de los ciudadanos en relación con sus viviendas, frente a los embargos.

La intermediación hipotecaria es una apuesta más que segura, al constituir un instrumento de resolución extrajudicial de conflictos, constituye un buen puerto donde pueden amarrar las soluciones que se están dando diariamente.

El trabajo que he titulado «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias. Luces y sombras sobre la cuestión» tiene entre sus objetivos esenciales dar a conocer este método de resolución extrajudicial de conflictos, que ha aflorado a la palestra jurídica como una de las fórmulas que el derecho y sus operadores jurídicos están empleando en sede de ejecuciones hipotecarias.

El tema es novedoso porque su recién incorporación al mundo jurídico hace que carezca de construcción doctrinal, y constituye mi aportación a este problema, frente al cual no podemos permanecer impasibles.

**Palabras claves:** intermediación hipotecaria, mediación, hipoteca y ejecuciones hipotecarias.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013*

## THE MORTGAGE INTERMEDIATION BASED ON EXECUTIONS. LIGHTS AND SHADOWS ON THE ISSUE

María Elena Cobas Cobiella

---

### ABSTRACT

The economic crisis is a legal, social and political problem. It is hard and slow, and it is a matter of social responsibility, and we must take sides, which means not only take it, but do it correctly and with the legal instruments that the law provides. Therefore, within the set of possible solutions, I opted for the «mortgage intermediation», which is one of the most innovative ways to alleviate the situation of citizens in relation to their homes, facing foreclosures proposals.

Mortgage intermediation is a more than safe instrument of dispute resolution, it is a good harbor where you can moor solutions, that are being taken daily.

The work I have entitled «The mortgage intermediation based on executions. Lights and shadows on the issue» has among its main objectives to publicize this method of dispute resolution, which has emerged in the legal arena as one of the formulas that the law and legal operators are using in the seat of foreclosures.

The issue is novel because it's newly incorporation into the legal world makes it lacks of doctrinal construction, and this is my contribution to this problem, against which we cannot remain indifferent.

**Keywords:** mortgage intermediation, mediation, mortgage and foreclosures.

---

---

## Sumario

1. Notas preliminares sobre la cuestión
2. Marco legislativo actual en sede de ejecuciones hipotecarias. Punto intermedio entre el deudor y la intermediación hipotecaria
  - 2.1. Marco legislativo actual en sede de ejecuciones hipotecarias
3. Algunas propuestas de soluciones
4. La intermediación hipotecaria. Una propuesta segura. Marco conceptual y virtualidad de la misma
  - 4.1. Antecedentes de la cuestión
  - 4.2. Hacia un concepto de intermediación hipotecaria
  - 4.3. Naturaleza y finalidad de la intermediación hipotecaria
  - 4.4. Ventajas de la intermediación hipotecaria
  - 4.5. Semejanzas y diferencias entre la intermediación hipotecaria y otras figuras afines
  - 4.6. La práctica de la intermediación hipotecaria
5. A manera de conclusión

### Bibliografía

«Juez: ¿Quién mató al comendador?  
Poblador: Fuenteovejuna, señor.  
Juez: ¿Quién es Fuenteovejuna?  
Poblador: Todos a una, señor».

LOPE DE VEGA

## 1. NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA CUESTIÓN

Las ejecuciones hipotecarias cubren cotidianamente las noticias. Día a día todo lo que se escucha es cada vez más alarmante, sin embargo, y a pesar de que parece que es un tema de actualidad, lo cual es innegable, tiene origen y antecedentes ya no solo en la crisis internacional, sino en la situación especial de España en relación con la llamada «burbuja inmobiliaria», que data ya de algunos años. A ello se ha unido la propia mentalidad española, que, frente a otros países europeos, que han tenido mayor preferencia por los alquileres, ha optado y sigue optando por adquirir en propiedad los inmuebles; es un rasgo cultural, arraigado y predominante sin lugar a dudas en España, pero no es lo único que ha tenido una incidencia destacada en esta problemática.

Otras cuestiones de consideración han influenciado en la situación que vive España en estos momentos, y que no podemos desdeñar, como la falta de suelo, el exceso de crédito y el hecho de que las entidades bancarias hicieron de los préstamos hipotecarios una de sus principales fuentes de ingresos, la entrada del euro o el exceso de liquidez con que los bancos concedían las hipotecas, entre otros factores económicos<sup>1</sup>. En aras además de ese supuesto crecimiento económico, muchos de los funcionarios públicos que intervienen en el particular sistema de transmisión de la propiedad en España olvidaron o ignoraron muchas de las funciones básicas que debían cumplir, como las de asesoramiento a las personas que recaban los servicios jurídicos en la conformación de las escrituras notariales; pasaron por alto velar por la no inclusión de cláusulas excesivamente letales y abusivas<sup>2</sup> para los particulares, entre muchas otras cuestiones.

Toda la culpa no la tienen las entidades financieras, muchos son los factores que han incidido en la situación actual y esto no lo podemos perder de vista si queremos reconstruir el sistema económico.

1 Vid. VALL RIUS, A y PRATS ALBENTOSA, L.: *Intervención en Jornada de Intermediación Hipotecaria*, Abogacía Española, <http://www.abogacia.es/2013/04/08/jornada-intermediación-hipotecaria>

2 En este sentido ha marcado un hito importante, que de alguna forma ha revolucionado el tratamiento legal que se había estado dando la reciente Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto C-415/11 (Sala Primera). Mohamed Azis/ Catalunya Caixa.

Mucho daño y con consecuencias han hecho los intermediarios inmobiliarios en general<sup>3</sup>, y desde nuestro punto de vista todo el cúmulo de agentes que han intervenido históricamente en la construcción del sistema hipotecario español y la propia mentalidad de los particulares, que no en todos los casos han tenido una actuación autorresponsable<sup>4</sup>. Sin olvidar además que la vivienda es un bien de consumo y que ha sido en estas últimas décadas la base de un importante entorno especulativo que ha incidido en la situación actual que padece España.

La importancia de este tema ha hecho que ya no solo desde los foros sociales empiezan a alzarse voces. El derecho y sus operadores jurídicos<sup>5</sup> comienzan a pensar, elaborar, diseñar e ir

<sup>3</sup> Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *Estudio jurídico sobre la intermediación inmobiliaria. Análisis de contratos de mediación inmobiliaria*. Estudio realizado en el marco del Proyecto OTRI (Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación) de la Universidad de Zaragoza, <http://www.consumidores.org/UserFiles/File/PDF%20Altres%20entitats/Estudio%20Juridico%20sobre%20la%20Intermediaci%20n%20Inmobiliaria.pdf>, págs. 1-153. Donde se destaca la indefensión de los consumidores en relación con la intervención en la gestión inmobiliaria de los gentes de la propiedad inmobiliaria, o cualquier otro tipo de mediador, por el encarecimiento del producto final, así como la inclusión de cláusulas abusivas en contrato de intermediación y firmados por adhesión por parte de los compradores y consumidores en general.

<sup>4</sup> Por esto considero que hay que tener una actuación de futuro responsable por parte de todos.

<sup>5</sup> Los jueces se coordinan ante el desahucio. Las juntas de magistrados se adelantan al Parlamento ante el vacío legal. Unifican criterios sobre intereses abusivos y sobre cómo facilitar el bloqueo de los desalojos. Reza una parte de la noticia así: «Los jueces están empezando a coordinarse para hacer frente a este periodo de impasse hasta que llegue la nueva ley, que podría estar lista a lo largo del mes de mayo. El jueves se daba a conocer el acuerdo al que llegaron el pasado 4 de abril los magistrados de primera instancia de Barcelona, que, entre otras cosas, acuerdan que se podrán considerar abusivos intereses de demora que superen 2,5 veces el interés legal del dinero. El viernes alcanzaba un acuerdo la Junta de Jueces de Valencia, que fijaba ese límite en 3 veces el tipo legal. Son acuerdos orientativos, que ya se adaptan a lo dictado desde el Tribunal de Justicia de la UE, y que no son vinculantes; el juez siempre tendrá la última palabra. Pero ayudan a evitar resoluciones contradictorias. Todos estos movimientos reflejan la ebullición que viven las juntas de jueces en momentos de cierta confusión, la producida por el vacío legal». Noticia del diario *El País*, 14 de abril de 2013. [http://politica.elpais.com/politica/2013/04/13/actualidad/1365874404\\_237148.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/04/13/actualidad/1365874404_237148.html). Abogados y jueces en Valencia han apostado por el apoyo a las personas más desfavorecidas, así se constata con la intervención de Pedro Viquer, Decano de los Juzgados de Valencia, y Mariano Durán, Decano del Colegio de Abogados. Mariano Durán hizo una alusión al modelo alemán de concurso de las personas físicas, con una ley de segunda oportunidad que actualmente no tenemos en España y que, en numerosas ocasiones, deja al ciudadano, que no ha podido satisfacer su préstamo hipotecario, fuera del circuito económico y en situación de grave exclusión social. Por su parte, Pedro Viquer, Decano de los Juzgados de Valencia, habló del «desequilibrio» del proceso de ejecución hipotecaria desde un punto de vista procesal y contractual. «La ley hipotecaria es dura, insensible e inadecuada, pero ahora, con la Sentencia europea se puede alegar como causas de oposición las cláusulas abusivas de los contratos». El Juez Decano informó de que un grupo de trabajo del Consejo General del Poder Judicial presentó, ya en octubre del año pasado, un informe con propuestas concretas para superar estas situaciones relativas a la pérdida de la vivienda habitual, propuestas que considera se han visto confirmadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo. Vid. <http://www.abogacia.es/2013/04/02/el-colegio-de-abogados-de-valencia-analiza-los-fallos-de-la-dura-legislacion-hipotecaria-espanola/#ld>.

Los Colegios de Abogados no han permanecido indiferentes ante este gravísimo problema. Según las estadísticas publicadas por el CGPJ el total de procesos judiciales de ejecución de hipotecas iniciados entre 2007 y 2011 han sido 349.438. En 2012 algunos Colegios de Abogados han creado oficinas de asesoramiento e intermediación hipotecaria,

reconstruyendo y remodelando el sistema que, a pesar de su solidez, ya no acompaña a la realidad social, que es cruda y dolorosa para miles de personas, sobre todo si tenemos en cuenta que la Constitución española proclama en su artículo 47 que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y que 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 y que la comunidad participará en la plusvalía que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Soy consciente de que el derecho generalmente va a la zaga de su entorno, surge y crece en relación con las necesidades sociales, económicas y políticas acuciantes. Muestra de ello es precisamente el cúmulo de disposiciones y medidas que se están tomando en relación con las ejecuciones hipotecarias. Igualmente no podemos soslayar que la doctrina más clásica del derecho se muestra alarmada por que estas normas, dictadas a la luz de la desesperación social, hagan tambalear la construcción teórica de las instituciones, que han mantenido imbatible el sistema hipotecario español<sup>6</sup>.

Sin embargo, es oportuno decir que, a pesar del riesgo que se corre de futuro, el presente de España y la situación desesperada en que se han visto y se ven abocados ciudadanos españoles y

---

en colaboración con ayuntamientos y diputaciones provinciales de las ciudades donde están implantados. Asesoran a quienes tienen problemas para afrontar el pago de las cuotas del préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual e intermedian entre ellos y los bancos. El Colegio de Abogados de Terrassa fue el primero en poner en marcha esta iniciativa en enero de 2012, y le han seguido hasta agosto de 2012 otros 17 colegios, entre los que destaca el Colegio de Abogados de Valencia, que creó ese servicio en marzo de 2012, encuadrándolo dentro del Centro de Mediación del ICAV (CMICAV). *Vid.* NEMESIO CASABÁN, F.: «La intermediación hipotecaria sobre la vivienda habitual». *Diariojurídico.com*, 9 abril 2012.

<sup>6</sup> En este sentido señala GARCÍA ABURUZA: «Así las cosas, 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. Ello ya lo consideró así la LEC 2000, que en su Exposición de Motivos dejó claro que mantenía la regulación precedente sobre ejecución hipotecaria (y con hipoteca ilimitada), porque introducir cambios podía alterar gravemente el sistema hipotecario lo que no era aconsejable. Y es que 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». *Vid.* GARCÍA ABURUZA, M. P.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2012, suplemento Ejecución parte Comentario, editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012, pág. 9.

extranjeros también requieren de toma de decisiones en el ámbito del derecho, con independencia de que a la par haya que remodelar el sistema hipotecario español, ya que, como bien dice PRATS ALBENTOSA, se necesita una reforma en general del sistema de préstamos y la seguridad jurídica exige una serie de cautelas para la protección de los consumidores, a lo cual pueden sumarse para un mejor funcionamiento del sistema los notarios y los registradores en función de la seguridad jurídica preventiva, en relación con la apreciación de las cláusulas abusivas<sup>7</sup>.

Este razonamiento debe llevar aparejada una toma de conciencia por parte de los operadores jurídicos en general que en su momento jugaron un importante papel en el crecimiento inmobiliario ascendente de este país, y que no asumieron el rol que les correspondía, léase abogados, notarios y registradores en general; algunos en la función asesora que les correspondía en relación con los particulares que demandaban sus servicios y otros incluso en la calificación de negocios jurídicos, que en su momento fueron verdaderas barbaries económicas y jurídicas, cláusulas abusivas, intereses moratorios elevadísimos, etc. Se blindaron los acreedores y los deudores asintieron, al igual que el resto de personas implicadas, el falso oropel cegó la cruda realidad y ha vetado por lo pronto al presente<sup>8</sup>.

Un verdadero desastre jurídico, económico, político y social que ha convertido a muchas personas en parias sociales y en excluidos socialmente<sup>9</sup>.

En razón a ello, ha nacido este trabajo, con el objetivo de presentar el panorama jurídico, matizando algunas de las propuestas de soluciones que en la práctica cotidiana se están llevando a cabo y ofrecer algunas recomendaciones en sede de ejecuciones hipotecarias, con vistas a aglutinar e ir construyendo un marco conceptual y práctico en esta materia. Con especial incidencia en una de las figuras que pueden dar cierto equilibrio a la cuestión, y fundamentalmente a los particulares, léase deudores, la «llamada intermediación hipotecaria».

<sup>7</sup> PRATS ALBENTOSA, L., en intervención Jornada de Intermediación Hipotecaria, *op. cit.*, pág. 2.

<sup>8</sup> «Los jueces denuncian los abusos del sistema legal de desahucios»: El informe elaborado por los jueces habla de «mala praxis de las entidades bancarias» y propone toda una batería de medidas para proteger a las familias que se encuentran al borde del lanzamiento. «El punto de partida debe ser extender al cliente sobreindeudado (obviamente siempre que lo sea de buena fe) una parte de los beneficios y ayudas que la banca recibe del Estado», dice textualmente el informe, «pues en otro caso el deudor se verá abocado a la ruina, la pérdida del local donde ejerce su actividad empresarial o profesional (que es su medio de vida) o, lo que es peor, de su vivienda habitual». En este informe se hace un análisis atento de la situación, el que «arranca preguntándose cómo y por qué se ha llegado al drama que atraviesan esas 350.000 familias. Y la respuesta apunta en una dirección: la banca. Los bancos, su «ligereza y mala praxis» son, en opinión de la comisión, los causantes de una generalizada extensión del crédito hipotecario «sin valorar las posibilidades reales del deudor» y de la «comercialización irresponsable, cuando no torticera, de productos financieros complejos... (participaciones preferentes)». Vid. [http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621\\_538438.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621_538438.html).

<sup>9</sup> Como advierten en la intervención en el ICAV, algunos de los juristas de más relevancia en el entorno valenciano, cuando se analizan los fallos de la dura legislación hipotecaria española, en jornada efectuada en el mes de abril de 2013, en el ICAV. Publicado en *Abogacía Española*, <http://www.abogacia.es/2013/04/02/el-colegio-de-abogados-de-valencia-analiza-los-fallos-de-la-dura-legislacion-hipotecaria-espanola/#ld>.

## 2. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL EN SEDE DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS. PUNTO INTERMEDIO ENTRE EL DEUDOR Y LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

### 2.1. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL EN SEDE DE EJECUCIONES HIPOTECARIAS

La ejecución hipotecaria aparece refrendada en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946 y en los artículos 215 y siguientes, en el artículo 222 en concreto, del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, tratándose de un procedimiento sumarisimo y, por lo tanto, concreto y rígido en su tramitación<sup>10</sup>. El procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca se regula en el Libro III, Título IV, Capítulo V, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 681 a 698. Hasta aquí nada nuevo que no se haya trabajado por la doctrina en la materia.

Las cuestiones urgentes y dramáticamente sociales a las que el tema inmobiliario ha abocado en España han llevado a la aprobación de una amalgama de normas cuya finalidad es paliar la situación tan angustiosa que se vive, pero que estructuralmente mantienen el mismo sistema y no solucionan las causas que han originado esta situación, que por supuesto no solo traen causa en el sistema hipotecario español, sino también en el panorama mundial; la llamada crisis económica que ha influido directamente en el orden económico internacional.

Esta normativa ha tenido y sigue teniendo apoyos por una parte y detractores por otra. Cabe decir que efectivamente no constituye una panacea, ni la ataraxiall, pero constituye un bálsamo para de alguna forma contrarrestar los fallos y la dureza de una legislación hipotecaria aprobada para otra época y otra mentalidad.

El derecho, como bien señala el Código Civil en su artículo 3<sup>12</sup>, ha de atemperarse a los nuevos tiempos y ha de ser interpretado teniendo en cuenta la realidad social actual; ya no es posible

<sup>10</sup> En este sentido coincidimos con algún sector de la doctrina cuando señala que sí es posible atacar de raíz el problema, que reside en el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Vid.* NÁJERA PASCUAL, A.: «El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 820/ 2011, parte Tribuna, editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1.

<sup>11</sup> En este sentido refiere GARCÍAS DE ESPAÑA: «Los Reales-Decretos no vienen a solucionar la cuestión de fondo. El recién aprobado RD-L 27/2012, es un mero parche, que simplemente frena los lanzamientos durante dos años y el RD-L 6/2012, debido a su reducidísimo ámbito de aplicación, pasará a la historia como un brindis al sol». *Vid.* GARCÍAS DE ESPAÑA, E., *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2013, parte Estudio, editorial Aranzadi, SA, BIB 2013\59, Pamplona, 2013, pág. 22.

<sup>12</sup> Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.



mirar el sistema de transmisión español y la legislación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias con beneplácito, sus criterios son arcaicos, con pocas opciones y capacidad de maniobra. De ahí que recientemente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013<sup>13</sup> ha declarado que el sistema procesal español se opone a la Directiva 93/13/CE, porque, cuando el banco inicia un proceso de ejecución hipotecaria para subastar la vivienda habitual, resulta imposible o excesivamente difícil a los compradores acogerse a la protección de dicha directiva<sup>14</sup>.

La normativa española enumera los motivos muy específicos y limitados por los que el deudor puede oponerse al procedimiento de ejecución de una hipoteca, cuando se basa en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscrita anteriormente. Entre estos motivos, y a pesar de la importancia que reviste, no aparece la posibilidad de formular motivo de oposición basado en el carácter abusivo de alguna de las cláusulas de la escritura de préstamo y tampoco permiten al juez la suspensión cautelar en el proceso de ejecución que ha dado lugar a la sentencia comentada.

Así las cosas, en el ámbito hipotecario, se ha ido dictando un conjunto de disposiciones que llamo «punto intermedio» entre la intermediación hipotecaria y el deudor porque precisamente su articulado y el sentido de la norma a través del legislador dan cabida al surgimiento de la intermediación hipotecaria y la justifican<sup>15</sup>.

### **2.1.1. Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios**

El Real Decreto-Ley 8/2011, de 11 de julio<sup>16</sup>, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, tiene como finalidad esencial la de la protección a los más desfavorecidos por la situación actual en sede de hipotecas<sup>17</sup>.

En tres apartados establece aquellas cuestiones que, con relación a este tema, resultan de importancia; por una parte se regula el incremento de la inembargabilidad de ingresos mínimos familiares, aumenta el límite inembargable (150% SMI) solo en casos en que haya habido una

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto C-415/11 (Sala Primera). Mohamed Azis y Catalunya Caixa (ya comentada anteriormente).

<sup>14</sup> Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 8 DO L 9, pág. 29.

<sup>15</sup> Sobre esto haré referencia cuando destaque la práctica en la intermediación hipotecaria.

<sup>16</sup> BOE núm. 161, jueves 7 de julio de 2011, sec. I., pág. 71.548.

<sup>17</sup> En el Preámbulo establece las causas que han llevado a la promulgación de la citada norma.

subasta de la vivienda habitual; en cuanto a las subastas de bienes inmuebles, se reforman los artículos 669, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se incrementa la adjudicación del bien del 50 al 60 % del valor de tasación y finalmente se reduce del 30 al 20 % el depósito exigido a los postores para participar en una subasta en virtud de lo que establece el artículo 2, que tiene como objetivo el de mejorar la eficacia de las subastas permitiendo una mayor concurrencia de pujas y, por ende, posibilitando la fijación de un precio más justo<sup>18</sup>.

### 2.1.2. Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Código de Buenas Prácticas)

El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Código de Buenas Prácticas), tiene entre sus objetivos esenciales el establecimiento de diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria en determinadas circunstancias y condiciones, y se adoptan además cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo de las medidas propuestas<sup>19</sup>.

Las cuestiones de índole general que matizan el citado real decreto-ley son las siguientes y cabe destacar: establece medidas para reestructurar la deuda hipotecaria inmobiliaria, y para ello regula los umbrales de exclusión en los cuales se han de situar los deudores hipotecarios para poder acceder a esta norma (que es un detalle peculiar y de especificidad de la norma) los destinatarios de la misma en virtud del artículo 3; de ahí que se puede decir que esta ley es de aplicación restrictiva, habida cuenta de que es solo para este colectivo en concreto<sup>20</sup>.

Aparece y se aprueba, por otra parte, un Código de Buenas Prácticas, que en realidad lo que hace es ofrecer a los bancos y entidades de crédito en general la posibilidad de renegociación de

<sup>18</sup> De este modo, se facilitaría la presencia de postores y la mejor adjudicación de los bienes hipotecados, ya que por una parte se recuperaría el porcentaje que sobre este punto ya establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 1881 y se equipararía el importe de este depósito con el previsto por la propia ley para los bienes muebles.

<sup>19</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, n.º 60 de 10 de marzo de 2012.

<sup>20</sup> Artículo 3. «Definición del umbral de exclusión. 1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren 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 concurren 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».

los préstamos del colectivo y, si esta no fuera posible –y como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria–, la dación en pago de la vivienda a favor de la entidad acreedora, estableciendo determinadas medidas fiscales de apoyo a dichos mecanismos<sup>21</sup>.

La aplicación del Código de Buenas Prácticas puede darse en determinadas fases, como en la fase de reestructuración de la deuda hipotecaria, por lo que los deudores en el ámbito de exclusión podrán solicitar a la entidad una reestructuración de su deuda hipotecaria que haga viable su pago y que deberá estar presentado en el plazo de un mes<sup>22</sup>. También regula medidas complementarias<sup>23</sup> y sustitutivas<sup>24</sup>.

A este código pueden de una forma voluntaria adherirse las entidades de crédito. El denominado Código de Buenas Prácticas se establece para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, con carácter voluntario y temporal<sup>25</sup>. Todos en general se han mostrado y se muestran escépticos con el mismo, por las estrictas condiciones que establece para que las personas puedan acogerse al mismo, solo personas con una pobreza absoluta<sup>26</sup>.

- 
- <sup>21</sup> El código en general aunque es un buen intento para demostrar la buena fe de las entidades bancarias no ha tenido demasiado éxito quizás porque aunque las entidades financieras quieran mejorar su imagen corporativa, que lamentablemente está deslucida, resultan muy complicadas las medidas previas, complementarias y sustitutivas. Algún sector de la doctrina entiende entre las soluciones a tener en cuenta que el Código de Buenas Prácticas como de carácter obligatorio y sin limitación temporal. *Vid.* GARCÍAS DE ESPAÑA, E.: *op. cit.*, pág. 24.
- <sup>22</sup> Ese plan deberá incluir una carencia en la amortización de capital de cinco años, la ampliación del plazo de amortización hasta cuarenta años y la reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 puntos; podrán hacer uso de esto aquellos deudores cuyo procedimiento de ejecución no se haya iniciado.
- <sup>23</sup> Si pese a la refinanciación resulta inviable el pago de la deuda, el deudor podrá solicitar una quita del 25% en el capital pendiente de amortización. Se considerará inviable cualquier reestructuración que suponga para la unidad familiar una cuota hipotecaria superior al 50% de sus ingresos. Podrán solicitar la quita quienes estén en procedimiento de ejecución, siempre que no se haya anunciado la subasta.
- <sup>24</sup> Si ninguna de las dos fases anteriores resulta factible, pueden los deudores en ámbito de exclusión solicitar la dación en pago de la vivienda. Supondrá la cancelación total de la deuda con la entrega de la vivienda, junto a las responsabilidades personales del deudor. El deudor podrá permanecer un plazo mínimo de dos años como arrendatario pagando una renta anual equivalente al 3% del importe de la deuda pendiente. Durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un interés de demora del 10%. La dación en pago no será aplicable cuando el procedimiento de ejecución haya concluido o si la vivienda está gravada con cargas posteriores.
- <sup>25</sup> Sobre esto nos dice algún sector de la doctrina: «Las medidas y reformas legales aprobadas a partir de 2009 para intentar contener la morosidad de los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual y paliar sus efectos, han resultado muy poco fructuosas, y actualmente el RDL 6/2012 exige tal cúmulo de requisitos para acogerse a los beneficios del llamado "Código de Buenas Prácticas Bancarias para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual", que muy pocos compradores de viviendas pueden exigirlos». *Vid.* NEMESIO CASABÁN, F.: *op. cit.* Recomendable en este sentido por el análisis de las consecuencias del Real Decreto-Ley 6/2012 de CARRASCO PERERA, A.: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», BIB 2012\891, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842/2012, parte Tribuna, editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012, págs. 1 y ss.
- <sup>26</sup> La medida estrella del Gobierno para favorecer a los ciudadanos desahuciados fue el Código de Buenas Prácticas, pero la Comisión de Magistrados del Consejo General del Poder Judicial cree que ha fracasado. [http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621\\_538438.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621_538438.html).

Por último, y no por ello menos importante, flexibiliza los procedimientos de ejecución extrajudicial de la garantía real hipotecaria.

### 3. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIONES

Lo escabroso, mediático y actual del tema impide la propuesta de soluciones definitivas; habida cuenta de que muchos son los factores de índole económica, política y social que están afectando a las ejecuciones hipotecarias, sin embargo se podrían aventurar a señalar algunas de ellas, acorde además con las recientes normativas que se han aprobado para ofrecer algún apoyo a tantas personas afectadas por las ejecuciones hipotecarias.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que son medidas extraordinarias para un momento crítico, pero todas han de ir encaminadas, desde mi punto de vista, a evitar situaciones de exclusión social que están llevando a las personas a un estado marginal. Se trata de que faciliten la recuperación de estas personas, les ofrezcan un determinado margen que les permita mantener su integración en la sociedad, porque lo que es cierto es que la pérdida del trabajo, seguida de la pérdida de la vivienda, convierte a las personas en parias sociales.

El espíritu de estas medidas es el de permitir a los deudores de buena fe continuar utilizando los inmuebles, empleando diversas fórmulas jurídicas que el derecho prevé, con la finalidad esencial de que las personas afectadas por esta situación puedan seguir en la vivienda; fórmulas que pueden transitar desde el arrendamiento hasta el derecho al uso de habitación o la dación en pago, siempre mediante un precio asequible a los particulares, como plantea el informe que en su momento elaboró un conjunto de jueces –que representan las voces vivas del derecho–, donde se destaca la introducción de mecanismos que permitan que el deudor pueda permanecer en su vivienda satisfaciendo un canon o buscando fórmulas como el arrendamiento o *leasing*<sup>27</sup>, y lo más importante es que reclama protagonismo para los hipotecados, que es lo más importante que subyace en estas problemáticas.

Las propuestas de soluciones están sujetas a los avatares legislativos que cotidianamente se están produciendo, y se pueden agrupar en dos grandes grupos. Como unas de las primeras soluciones, están las legislativas, y por otra parte, una segunda modalidad, que es el empleo de la intermediación hipotecaria como mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos<sup>28</sup>.

En lo que respecta a la legislativa indican la necesaria modificación de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y la Ley Concursal. Aunque por ahora se cuenta con la aprobación de los reales decretos-leyes de 2012, por vía de la urgente necesidad, teniendo

<sup>27</sup> Esta profunda revisión del régimen legal y procesal que plantea el informe de los siete magistrados se cierra con una propuesta que permitiría que los ciudadanos participen con voz propia. Reclama la creación de unas comisiones mixtas que favorezcan salidas negociadas entre el banco y el deudor y en las que estén presentes la banca, la Administración y los consumidores. Vid. [http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621\\_538438.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/23/actualidad/1351014621_538438.html).

<sup>28</sup> Desarrollado por un sector del ejercicio del derecho. Vid. NEMESIO CASABÁN, F., *op. cit.*

en cuenta lo previsto en el artículo 86 de la Constitución española, que se ha dictado para proteger la vivienda en relación con un determinado colectivo apabullado por la crisis económica.

En la actualidad hay en trámite de aprobación parlamentaria de la Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que incorpora algunas novedades y soluciones paliativas. En primer orden de cosas, se modifican algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se destaca lo siguiente: en primer lugar, que se pueda plantear en el proceso de ejecución hipotecaria oposición y su discusión en el mismo de la existencia de cláusulas abusivas (tales como tipo de interés de demora o de suelo), que se pueda anular el beneficio de excusión, que antes de reclamar a los avalistas se pueda proceder a la liquidación con los deudores, y el aumento del precio de adjudicación al 70% del valor de tasación en casos de tratarse de la vivienda habitual de los deudores y de los avalistas<sup>29</sup>.

Otra medida de corte económico que se propugna es la quita de un 2% de la deuda, en caso de colaboración del demandado en el desarrollo del proceso y entrega de la vivienda. La limitación de los intereses de demora al triple de los intereses legales hoy sería pues del 12% anual, así como la limitación de los gastos y costas, un máximo del 5% sobre el capital principal y finalmente la quita o rebaja de la deuda resultante al final, del 35 o del 20% si se pagan dentro de los 5 o 10 años siguientes, respectivamente.

Más soluciones pasan y –solo a manera de ilustrar la situación– por la limitación de los gastos para el deudor que haya actuado de buena fe en caso de mora, la elaboración de una guía de acceso al préstamo hipotecario que debe recoger el buen modo de hacer o las buenas prácticas en materia de ejecución<sup>30</sup>, o la guía para el propietario de actuación en casos de desahucio, como se reconoce en otras legislaciones, como es el caso de EE. UU. por ejemplo<sup>31</sup>. O por seguir el modelo alemán, desde el ámbito del derecho civil, otras soluciones pueden estar encaminadas a trabajar en una ley de concurso de las personas físicas, con una regulación autónoma y propia diferente a la dada para sociedades y empresas, que permita al deudor una nueva oportunidad, articulando bajo determinados presupuestos atenuar un poco la responsabilidad patrimonial del deudor; puntualizando un poco más este tema, resulta necesario trabajar en la aprobación de una ley de insolvencia para la persona física; es otra solución<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Estas medidas ya de por sí significarán una rebaja importante de la deuda final, lo cual aun será de mayor trascendencia en los supuestos de colectivos de especial vulnerabilidad. *Vid.* MARÍN MATEO abogados en <http://www.abelmarin.es/medidas-proteccion-deudor-hipotecado.html>.

<sup>30</sup> Cabe aquí destacar que una de las medidas que con carácter voluntario se han aprobado, como he comentado anteriormente, es la implementación del Código de Buenas Prácticas aprobado por el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y que se regula en el artículo 5, redactado por el apartado 5 del artículo 8 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

<sup>31</sup> En algunos estados de EE. UU. se han aprobado modelos de guías para el propietario de la vivienda en casos de ejecución hipotecaria, tal es el caso de Florida.

<sup>32</sup> Habida cuenta de que en el derecho español los particulares y los empresarios pequeños siguen respondiendo con todos sus bienes presentes y futuros después de haberse liquidado todo su patrimonio, a tenor del conocido artículo 1.911 del CC.

Finalmente y siguiendo un poco el enfoque de la doctrina especialista en la materia<sup>33</sup>, varias medidas en las que se está trabajando son el alquiler de la vivienda, la obligación de imponer a la entidad bancaria dar cuenta al deudor cuando se venda el inmueble, la posibilidad de hacer uso de una figura que se emplea mucho en el derecho latinoamericano<sup>34</sup>, la permuta de la vivienda por otra de valor inferior perteneciente al banco, que sea el juez quien pueda, en un procedimiento de ejecución, determinar el valor actual de la finca tasada, promocionar el alquiler de la vivienda y dar una salida a las viviendas vacías, que por demás se están deteriorando, y es en perjuicio de las propias entidades que las poseen, configurar la dación en pago como una regla general, sobre todo para los extranjeros que vuelven a sus países de origen y que han comprado, así como la elaboración de guías para los propietarios con los mecanismos y pasos que han de seguir. Una medida también interesante y que facilitaría la intermediación es que se trabaje en la creación de comisiones mixtas, integradas por representantes de la banca y los deudores, para darle más voz a estos.

Propondría finalmente, y en correspondencia con esta última medida, que se estudie la posibilidad de aplicar la mediación hipotecaria, siguiendo las experiencias de otros países.

Dentro de esta gama de soluciones se encuentra la intermediación hipotecaria, la cual desde mi punto de vista es una medida independiente de todas las demás. Me explico un poco más y matizo, dado que se trata de un método de resolución extrajudicial de conflictos, con peculiaridades propias; cabe su aplicación siempre y por ello es una apuesta segura, con total independencia del restante conjunto de medidas que se apliquen, porque se trata en definitiva de la intervención de un intermediador para paliar el conflicto y acercar posiciones. Las leyes pueden ir cambiando, pero el conflicto se mantiene, y la necesidad de una persona cualificada profesionalmente en derecho y preparada con mediación va a seguir siendo una necesidad; constituye además una solución jurídica y no política, por lo menos desde mi parecer.

## 4. LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA. UNA PROPUESTA SEGURA. MARCO CONCEPTUAL Y VIRTUALIDAD DE LA MISMA

### 4.1. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN

La intermediación hipotecaria es una de las soluciones que han emergido en sede de ejecuciones hipotecarias, de ahí que sea una de las fórmulas de resolución extrajudicial del conflicto en materia de desahucios, impagos, lanzamientos y subastas que empiezan a recorrer lentamente pero con fuerza el ámbito jurídico actual. Con inexistente marco conceptual y teórico, porque

<sup>33</sup> Se recomienda por la gama y matices el trabajo ya citado de GARCÍAS DE ESPAÑA, que ha servido de fundamento a una gran parte de estas medidas, *op. cit.*, pág. 23.

<sup>34</sup> El derecho cubano trabaja mucho la figura de la permuta de inmuebles, fundamentalmente durante toda la etapa, de casi 50 años de prohibición de poder comprar viviendas.

ha nacido como una de las consecuencias del empuje de juristas comprometidos con la situación social que se está viviendo internacionalmente y que inexorablemente ha abatido España.

La práctica jurídica, la necesidad imperiosa de actuar y de ofrecer soluciones a las situaciones concretas que las han hecho aparecer, jurídicamente sin base en legislación alguna, ni tratamiento legislativo que la avale, como instrumento legal, así ha surgido, combinando por un lado el deseo de apoyar a personas en situaciones de desamparo, y por otra parte los conocimientos jurídicos y las técnicas de negociación que suelen poseer los abogados dentro del cúmulo de competencias a que por su profesión están abocados. Así ha aparecido en el contexto jurídico la llamada «intermediación hipotecaria».

Al aparecer, el término de «mediación», dentro de la intermediación, hace que inicialmente un neófito en la materia pueda entender que estamos en presencia de una modalidad de la mediación. Considerar ello sería un error doctrinal importante, porque son más las diferencias que las semejanzas entre ambas, como posteriormente consignaré en algunas breves notas; sin embargo, la inexistencia de un espacio doctrinal acerca de la intermediación hipotecaria requiere que ha de acudir de alguna manera al tratamiento que, en relación con la mediación como resolución extrajudicial de conflictos, avalada por la reciente publicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio<sup>35</sup>, que ha hecho la doctrina en la materia, igualmente habrá que apoyarse lógicamente en otra figura, que guarda desde nuestro punto de vista cierta similitud con la intermediación, por su naturaleza jurídica, que es la llamada «negociación asistida».

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.

## 4.2. HACIA UN CONCEPTO DE INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

Podemos definir la intermediación hipotecaria como aquel método de resolución extrajudicial de conflictos que aparece en sede de la relación jurídica hipotecaria, en la cual las partes, léase acreedor y deudor, parte activa y parte pasiva dentro de esta relación, llegan a un acuerdo o no asistidas por la presencia de un tercero (abogado)<sup>36</sup>.

## 4.3. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

Constituye un instrumento de solución de conflictos que aparece en el marco de las relaciones de crédito entre el banco y las entidades financieras por una parte y el deudor por la otra. En

<sup>35</sup> Publicada en BOE, n.º 162, 7 de julio de 2012.

<sup>36</sup> En este punto cabe decir que apostamos por abogados, aunque en buena técnica podrían ser otros operadores jurídicos.



cuanto a la naturaleza jurídica, podría decirse que es un método de resolución extrajudicial de conflictos que se asemeja más a la negociación asistida que a la mediación. Lo que nos lleva a una primera conclusión: que no estamos en presencia de una mediación típica, tal como la regulan y conocen la teoría y la normativa a nivel nacional e internacional, pero que goza de independencia conceptual; constituye un híbrido, desde mi punto de vista, entre la mediación tal como se conoce actualmente y se está desarrollando, y la negociación asistida<sup>37</sup>. Pero ha de apreciarse como una figura con autonomía propia.

La finalidad de la intermediación hipotecaria es la de facilitar el acuerdo entre la entidad financiera y el deudor, protegiendo a la parte más débil en la relación obligacional, teniendo en cuenta el viejo principio de *favor debitoris*, que ha quedado prácticamente olvidado en estas últimas décadas. Igualmente persigue entre sus objetivos el acercamiento de posiciones entre las partes contratantes, y con ello equilibrar de alguna forma a las mismas; habida cuenta de que, como señala algún sector de la doctrina, en materia hipotecaria y de intermediación, una de las cuestiones más acuciantes es el desequilibrio que existe entre el hipotecado y la entidad financiera<sup>38</sup>.

Resulta curioso que, efectivamente, la autonomía de la voluntad como uno de los principios relevantes del derecho civil, que «supuestamente tiene tanto juego en el ámbito de la contratación» como los contratos bancarios, que son de adhesión en su mayoría, se plasma solo en la aceptación, y ello sin lugar a dudas es uno de los factores que han incidido en tantas firmas y contratos excesivamente leoninos para los deudores y esto ha incidido en el desequilibrio en cuestión.

Cabe hacer alguna salvedad en este momento; efectivamente, como ya se ha dicho, la intermediación hipotecaria es una forma alternativa de resolver conflictos, pero como no existe una regulación uniforme sobre esta materia, cosa que en la actualidad a nuestro entender la enriquece porque no limita la creatividad de los operadores jurídicos o profesionales que la conocen, per-

<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta que, cuando se trata del término de intermediación, algunos autores refieren diferencias entre la mediación y la intermediación, pero pensando en la figura de la mediación, tal como históricamente se ha estudiado la misma, como corretaje. Vid. ROGEL VIDE, C.: «Mediación y transacción en el derecho civil», *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Mediación. Codir. por GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLÓN URBINA, J. y MARTÍNEZ DE CASTEO, E., 1.ª ed., editorial Reus, 2010, págs. 30 y ss. Asimismo véase CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho de obligaciones», tomo cuarto, *Las particulares relaciones obligatorias en el derecho civil español*, 15.ª ed. revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Reus, Madrid, 1993, pág. 567, que señala: «Se llama contrato de corretaje o mediación aquel por el cual una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra, la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución. Lo característico de la actuación del mediador consiste en que se limita a poner en relación directa o indirectamente, a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato». Quizás esta última característica es lo que ha incidido en que se retome el término de mediación.

<sup>38</sup> Vid. VALL RIUS, A.: «El abogado para compensar el desequilibrio existente entre el deudor y la entidad bancaria, refuerza la parte más débil. Vemos cuáles son sus posibilidades reales y, en función de su realidad familiar y social, buscamos una solución». Intervención en Jornada de Intermediación Hipotecaria, *op. cit.*, pág. 3.



mite que cada comunidad autonómica trabaje de diversas formas, siguiendo una pauta, que es la de conseguir una solución a los deudores, que son su público; por una parte, estamos frente a una relación de obligaciones; cuestión que tampoco podemos obviar, de ahí, que también está dentro de sus finalidades darles a las entidades financieras la posibilidad de igual manera de obtener una determinada solución factible. No podemos dejarnos llevar por la idea de que la intermediación lo va a solucionar todo, ni que tampoco los bancos puedan abrir su corazón; es una relación contractual y obligacional entre dos partes, y entre ambas hay que llegar a un acuerdo que permita cierta satisfacción para las dos partes en conflicto. De lo contrario, y aunque nos pese, no habrá jamás un futuro al negocio inmobiliario en España.

El sistema hipotecario, el sistema financiero, los bancos, las sucursales, da igual el nombre, tienen, como todos los demás implicados, una importante cuota de responsabilidad, como ya he dicho en su momento, pero no son los únicos<sup>39</sup>, es un cúmulo de intervenciones, y cada uno ha de asumir su cuota de responsabilidad. Por ello coincido en ciertos planteamientos de algún sector de la doctrina que haciendo un análisis de la ley de desahucios advierte de que estamos en presencia de una norma inconstitucional y que hay afectaciones y consecuencias jurídicas nefastas para todos<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Me recuerda a la gran obra de Lope de Vega, en el último acto: «Juez: ¿Quién mató al comendador? Poblador: Fuenteovejuna, señor. Juez: ¿Quién es Fuenteovejuna? Poblador: Todos a una, señor».

<sup>40</sup> Insistiendo sobre la norma hace un análisis interesante de todas las consecuencias que la misma entraña: «No se puede imponer a nadie una expropiación por causa de interés social sin justiprecio. Es indicativo del grado de podredumbre moral de este país que nadie se haya preguntado qué anclaje constitucional tiene obligar a los bancos propietarios de viviendas adjudicadas a que soporten la posesión precaria, irrestricta y gratuita por dos años de una familia o un tipo que les debe dinero y que ni lo paga ni paga por el uso. Segundo, la norma es inconstitucional porque crea discriminaciones arbitrarias, entre aquellos deudores hipotecarios "bajo el umbral de exclusión" que han llegado con sus acreedores a un acuerdo de dación en pago, y continúan en la ocupación merced al pago de una (magra) renta, y estos cuasi-lanzados que pueden habitar gratis la finca adjudicada al banco. Es inconstitucional, porque discrimina con bochorno a los inquilinos de viviendas, que pasan las mismas angustias que los otros para poder pagar su deuda, y que pueden ser expulsados con urgencia en un juicio de desahucio cada vez más facilitado, sin importar si pierden o no "su casa" o si pueden ser también proclives al suicidio. ¡Arrendatarios, buscad entre vosotros un suicida, y será el "otoño de vuestro desconsuelo"! Y finalmente en lo que concierne al Banco, señala: Reparemos que la adjudicación a favor del banco produce la transmisión a su favor de la propiedad de la vivienda, y la purga de las cargas posteriores. El banco es el dueño. A partir de ahora tendrá que abonar los gastos de comunidad, y los servicios y suministros que estén incluidos en las cuotas comunitarias. Pero para que los disfrute el ocupante, contra el cual no tiene recurso alguno para recuperar estos pagos, pues posee precisamente a título de precarista, y no puede ser desahuciado por impago de ninguna cantidad asimilada a la renta. También el banco pagará el IBI de la vivienda y los seguros. No estoy iluminado sobre si el Gobierno ha previsto también que el banco tenga que realizar las reparaciones necesarias de la vivienda y mantener un espacio ocupacional confortable para el precarista y su familia. A pesar de estar encantado con este nuevo ménage, puede ocurrir que el banco llegue a desear algún día, con profundo dolor de su corazón, vender la vivienda Okupada. ¿Tendrá que soportar el adquirente la continuidad del precario, hasta que se cumplan los dos años (si no hay prórroga legal, que la habrá)? Profundo misterio». Vid. CARRASCO PERERA, A.: «La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios», BIB 2012\3469, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 854/2012, parte Tribuna, editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, págs. 1-2.

#### 4.4. VENTAJAS DE LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

Las ventajas de la intermediación hipotecaria en estos momentos son muchas. Entre las que puedo destacar, las que a mi juicio resultan más destacadas, son por ejemplo:

- a) La libertad y la capacidad de elección. Partiendo de que no opto por la obligatoriedad de la intermediación hipotecaria, pero sí por su casi necesaria presencia en estos momentos, permite dentro de la autonomía de la voluntad de las personas<sup>41</sup> la posibilidad de acceder a un mecanismo que le permita la obtención de un acuerdo.
- b) El asesoramiento que reciben los particulares de parte de los operadores jurídicos que les atienden. Las personas, y mucho más cuando están en una situación tan dura y complicada como puede significar la pérdida de su hogar y de su pasado, presente y futuro, necesitan de un personal cualificado para estudiar la documentación, a través del análisis de la misma, para poder seleccionar entre las soluciones cuál es la más aconsejable para el deudor, sin contar que es el que dirá si la persona en cuestión se encuentra dentro de los umbrales de exclusión. Al constituir un paso intermedio entre el deudor y el banco, facilita que el deudor no tenga que enfrentarse solo a la entidad financiera y a un lenguaje técnico y complejo como es el hipotecario.
- c) Tiempo y economía. La intermediación hipotecaria agiliza los tiempos y economiza los costes, en relación con cualquier otro proceso. Claro está, dependerá de la fase en que se solicite, porque en ocasiones ya se está en la etapa del lanzamiento de la vivienda, o incluso ya se ha producido. Pero en cualquier caso resulta una apuesta segura.

#### 4.5. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA Y OTRAS FIGURAS AFINES

##### 4.5.1. En relación con la mediación tradicional

La primera semejanza que encontramos entre la mediación tradicionalmente concebida<sup>42</sup> y la intermediación hipotecaria es la existencia de un conflicto, de una desavenencia o desacuerdo;

---

<sup>41</sup> En este sentido comparto la opinión de BARONA, cuando dice al hacer referencia a la mediación, pero que resulta extensible a la intermediación hipotecaria: «Así, en la medida en que los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener la plena disposición de los mismos; y en cuanto a la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre aquellos, pudiendo establecer, modificar y extinguir todas las relaciones jurídicas privadas», BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013, pág. 112.

<sup>42</sup> A partir de este momento cuando haga referencia a la mediación será en relación con la tradicional; habida cuenta de que la intermediación hipotecaria no constituye mediación.

este es un punto de contacto que nace desde su propio origen. De ahí que podamos señalar que, al igual que la mediación, la intermediación surge por la existencia de un conflicto, de un desacuerdo, entre dos o más personas, como señala algún sector de la doctrina<sup>43</sup>.

La segunda semejanza que tienen ambas es que son métodos de resolución extrajudicial de conflictos porque se desarrollan fuera del proceso judicial<sup>44</sup>; sin embargo, y aunque las dos nacen de la existencia de un conflicto, la aparición o por lo menos el resurgir de la mediación trae causa en tres cuestiones de importancia: la desjudicialización, la desjuridificación y finalmente la deslegalización<sup>45</sup>. Esto no sucede en relación con la intermediación hipotecaria, cuya finalidad no es la de promover una cultura de paz, ni descargar a los jueces y tribunales de justicia de la carga de trabajo que tienen; tampoco persigue en otro orden de cosas darle paso a la autonomía de la voluntad de los particulares frente al protagonismo de la ley, brindándoles a los acuerdos eventuales de los mediados una amplia posibilidad y margen de actuación, en todo lo que sea posible. La intermediación cumple otros objetivos: buscar una solución y paliar una situación determinada en un supuesto concreto y en un contexto complicado a efectos sociales y económicos.

Las diferencias entre la mediación y la intermediación son estructurales y conceptuales, lo que me lleva directamente a una primera conclusión, a saber, que la intermediación hipotecaria no es mediación. Estas diferencias pueden concretarse en:

#### a) *En relación con el concepto*

En cuanto al concepto o definición hay diferencias sustanciales. Las razones son varias y disímiles; en primer orden de cosas, cabe señalar que en la mediación los mediados son los dueños de sus

<sup>43</sup> El conflicto se puede entender como aquella situación en que al menos y como mínimo dos partes sostienen una divergencia o no similitud de posiciones que desemboca en intereses contrapuestos e incompatibles. Forma parte de lo cotidiano y suele afectar a diversas facetas de la vida, puede existir un conflicto familiar, comunitario, de consumo, etc. Sobre el conflicto, como afirma BARONA: «El conflicto, por tanto, no es sino el producto de la sociedad más avanzada», *op. cit.*, pág. 55.

<sup>44</sup> Aquí resulta oportuno hacer una breve distinción a efectos del entendimiento del tema, y es que en sede de mediación suele verse la misma como: extra-pre-intra-pos-jurisdiccional; o dicho de otro modo, puede o no tener relación con un proceso judicial y, en caso de que la tenga, puede darse con carácter previo, simultáneo o posterior al mismo.

<sup>45</sup> La desjudicialización es una de las vertientes de la modernización de la justicia que no solo encuentra un fiel actor en la mediación; diversos son los mecanismos que se emplean en aras de adaptar la justicia a un nuevo espacio de reflexión y de protección a los particulares, que no deben padecer largos años de espera para obtener una resolución. La modernización de la justicia es un tema de actualidad, de discusión y de reflexión en los ámbitos más jurídicos y legislativos. *Vid.* COBAS COBIELLA, M. E.: «Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 29, España, 2012, pág. 1. La deslegalización, por su parte, implica un menor protagonismo de la ley en la regulación de las controversias de los particulares, recolocando la autonomía privada en un escalón superior, frente a la injerencia de la norma y de la ley, en facetas que deberían permanecer apartadas, mientras que la desjuridificación supone darle mayor rango al contenido que los particulares puedan ofrecerle a los acuerdos en sede de mediación, sin que estén predeterminados.

propias decisiones, toman el camino, batallan entre ellos, en pos de un mejoramiento de su comunicación, y llegan o no a un acuerdo bajo la compañía de un tercero, neutral, imparcial, que es el mediador.

La mediación, según la recomendación aprobada por el Consejo de Ministros de los Estados miembros<sup>46</sup>, «es el procedimiento en el que un tercero que no está directamente interesado en las cuestiones que son objeto del conflicto, facilita la comunicación entre las partes para ayudarles a resolver sus dificultades y lograr acuerdos». Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>47</sup>.

La mediación se define como un método autocompositivo, porque las partes son las que resuelven directamente el conflicto por ellas mismas, ya sea en sede judicial (el juez solo recoge lo que las partes deciden sin juzgar), ya sea de forma extrajudicial<sup>48</sup>. Mientras que la intermediación hipotecaria se acerca también a los métodos autocompositivos<sup>49</sup>, y constituye igualmente una fórmula de resolución extrajudicial de conflictos, pero en la que las partes, aunque toman sus propias decisiones, lo hacen bajo el asesoramiento del abogado, quien toma una posición favorable a la parte más débil, y sí aconseja y se involucra directamente en la cuestión que se aborda.

#### b) En cuanto a los asuntos que se pueden conocer

En mediación se trata el conflicto interpersonal, que es aquel que se produce por la interacción de dos o más sujetos, y especialmente aquellos en los que las partes deban mantener una re-

<sup>46</sup> La Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales, que invitaba a promover la solución amistosa de los conflictos, junto con la Recomendación n.º R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la mediación familiar, aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, y la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>47</sup> Como señalan algunos autores: «La ley define la mediación 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 de un mediador. Por lo tanto el mediador ni asesora ni propone acuerdos, solo facilita la comunicación de las partes para que ellos lleguen a los mejores acuerdos, aquellos en que los dos salgan ganando. Ganar-ganar es el lema de la mediación. Al vincularse la mediación con los derechos subjetivos de las personas, esto es, que son susceptibles de ir a un proceso de Mediación todas aquellas materias disponibles por las partes, aquellas en las que pueden libremente renunciar, allanarse y llegar a acuerdos transaccionales (art. 751 LEC) siempre que el acuerdo que alcancen no sea contrario a la ley ni al orden público y no perjudique a terceros (art. 6 CC), no es suficiente con la autorregulación a través de Códigos de Conducta (art. 12 Ley 5/2012) para resolver todas las situaciones que pueden darse en su actuación, con independencia del valor que reviste dentro de este quehacer profesional». Vid. VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M. E.: «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión. *Diario La Ley*, 18890/2012, año XXXIII, n.º XXXX, 2012, pág. 8.

<sup>48</sup> Entran dentro de esta clasificación conjuntamente con la transacción judicial, la conciliación judicial y la negociación.

<sup>49</sup> Los métodos autocompositivos de solución de los conflictos tienen dos aspectos que los identifican: por una parte la voluntariedad, y en segundo lugar la posición del tercero frente al conflicto, el que interviene, no para ofrecer una solución, sino que se encuentra interpartes, al mismo nivel que los intermediados. Vid. BARONA, *op. cit.*, pág. 59.

lación en el tiempo y aquellos cuya resolución resulte complicada por otras vías, como puede ser la judicial. Sin embargo, en la intermediación hipotecaria, como lo indica su propio nombre, el ámbito de actuación es más restringido, solo se trabaja en sede hipotecaria; es más reducido a contrario sensu de lo que sucede con la mediación tradicional, que es un método de resolución extrajudicial de conflictos más amplio que abarca un número de materias extenso, algunas definidas ya por la Ley 5/2012, y otras de pujante incorporación, como en materia penal o de consumidores<sup>50</sup>.

En la mediación, como insisten muchos de los mediadores y especialistas sobre la materia, se trabaja sobre el conflicto y se acompaña a las partes en la búsqueda de su propia solución. Mientras que el conflicto en cuestiones hipotecarias, desde mi punto de vista, no está encaminado a fomentar a aprender a vivir con el conflicto, no se encamina al mejoramiento de las personas<sup>51</sup>, ni a hacerlas más fuertes; la finalidad es más concreta, y no por ello más sencilla, la solución de la ejecución hipotecaria.

Hay que recordar que la hipoteca constituye un derecho real de realización del valor y actúa en función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago en dinero, y esa es la razón única de su existencia, la de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, todo lo cual conlleva un contrato de préstamo para la adquisición de una vivienda y en el que se pacta la hipoteca como garantía de la devolución del mismo. Esto hace que el marco de la aplicación de la intermediación es tratar de lograr un acuerdo favorable a las partes para paliar la situación que se ha producido por la alteración sobrevenida en las circunstancias que modificaron el contrato<sup>52</sup>.

Todo esto, por supuesto sin perder la humanidad y la preocupación por el aspecto personal de aquellos que están pasando por esa situación, y por ello surge este instrumento encaminado a ofrecer soluciones jurídicas acordes a lo que la legislación está permitiendo. Pero los tiempos no están para perder la perspectiva de las cosas.

<sup>50</sup> Así resulta de la regulación del artículo 2 de la Ley. «Artículo 2.1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. 2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo».

<sup>51</sup> Si, a manera de ejemplo, tomamos uno de los modelos que más éxito tienen en materia de mediación, el «modelo transformativo», de BUSH y FOLGER, que está centrado en las partes, en la comunicación entre ambas, la mediación no se centra tanto en la satisfacción de una necesidad en concreto mediante el acuerdo, lo que se intenta es el mejoramiento y la transformación de las relaciones entre los mediados. Este modelo tiene como objetivo la transformación del conflicto y que las partes puedan convivir con él. Más pensado desde mi punto de vista para la mediación familiar por ejemplo.

<sup>52</sup> En este orden de cosas resulta muy interesante el comentario que realiza GARCÍA ABURUZA en relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y la posibilidad de su aplicación en las circunstancias actuales, aunque finalmente siguiendo la tendencia jurisprudencial no se ha decantado por la misma. *Vid.* GARCÍA ABURUZA, M. P.: *op. cit.*, pág. 2

*c) En cuanto a la relación jurídica que abordan*

La relación jurídica que conocen ambos institutos es diferente. De manera general y dado que casi todo el mundo compra a través de los préstamos bancarios, en la intermediación, uno de los sujetos va a ser una persona jurídica, lo que en sede de mediación es diferente, porque la mediación puede ser familiar, civil, con un vecino, escolar, etc. Por tanto, no está restringida a una relación jurídica tan específica como aparece en la hipotecaria, y los mediados pueden ser personas físicas o jurídicas, en dependencia de la modalidad de mediación en la que se inserta la relación jurídica que ha generado el conflicto o la relación social. En sede de intermediación hipotecaria siempre la relación es jurídica, y específicamente una relación jurídica obligacional.

*d) En cuanto a los sujetos*

En la intermediación hipotecaria, aunque existe el conflicto, tal como hay en la mediación, hay ausencia de mediador, por lo menos entendido como lo ha hecho la Ley 5/2012; lo que existe es un intermediario entre dos posiciones totalmente contrarias.

Este intermediario es un abogado que funciona como asesor o gestor de la situación de crisis dada en alguna de las fases de la ejecución hipotecaria, y esta es precisamente su función; asesorar, aconsejar, apoyar, opinar, para lograr una determinada solución en relación con el conflicto, con los impagos, deudas, etc. La finalidad que le lleva es precisamente la obtención de un acuerdo sobre la base de lo previsto en la ley y en las disposiciones vigentes.

Esto me lleva a matizar otra diferencia importante: los sujetos que pueden actuar como mediadores y los que pueden hacerlo como intermediadores hipotecarios. En el primer caso la Ley 5/2012 lo resuelve, y la doctrina en la materia lo reafirma; puede actuar como tal, a tenor de lo que regula el artículo 11, cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando se posea por parte de los primeros un título oficial universitario o formación profesional superior y cuente con formación específica para ejercer la mediación. En el caso de las personas jurídicas, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista en el ordenamiento jurídico, estarán representadas siempre por persona natural, por lo cual pueden ser mediadores juristas, psicólogos, graduados sociales, trabajadores sociales, en general cualquier profesión<sup>53</sup>. En lo que respecta a la intermediación hipotecaria, aunque nada impide que puedan intervenir como sujetos otros operadores jurídicos, dada la complejidad y lo árido del tema, así como lo acuciante de la situación –recordemos que hablamos de personas a punto de perder su vivienda–, es recomendable que lo lleven abogados, y desde mi punto de vista, que sean especialistas en la materia hipotecaria. Y de hecho, en las diversas comunidades autónomas son los abogados los que están realizando esta función<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> De todas maneras reitero mi posición en este sentido, que no todo el mundo sirve para mediar, dependerá de muchos factores y condiciones personales fundamentalmente.

<sup>54</sup> La experiencia ha comenzado en muchas comunidades por los colegios de abogados, que son los que están llevando las intermediaciones hipotecarias. Sirva de ejemplo la Comunidad Valenciana, representada por el Ilustre Colegio de Abo-

De todas formas, cabe extender la posibilidad de que puedan llevar a cabo este tipo de actividad otros operadores jurídicos especializados en estos temas, como podrían ser notarios, registradores, asesores de banca, gestores, etc., pero ajenos a su función pública; de igual manera que pueden ser mediadores siempre y cuando cumplan con los principios que informa la misma, y con las debidas excepciones de abstenerse de conocer el asunto, si han sido los que han autorizado la escritura pública de compraventa, de hipoteca, o los que la han inscrito, o han sido los agentes inmobiliarios que han participado en la gestión de la compraventa, aunque me inclino más por la abogacía en este punto en concreto<sup>55</sup>. Pero con una salvedad que amerita señalar, los abogados que trabajen en estos temas han de ser mediadores y dominar las técnicas de la mediación<sup>56</sup>.

En cualquier caso debemos señalar que, tanto en la mediación como en la intermediación, en los acuerdos que se tomen habrá, de una forma u otra, participación del notario en la primera, y del notario y registrador en la intermediación, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del negocio jurídico sujeto a la afectación en concreto, porque hay determinadas materias que se pueden conocer en mediación, pero que requieren siempre, por su naturaleza no dispositiva, la intervención obligatoria de la vía judicial, hecho que reconoce la propia Ley 5/2012 en la intermediación de los acuerdos que se tomen en relación con la ejecución hipotecaria.

Siguiendo con la cuestión de los sujetos determinados en ambos ámbitos, quienes pueden ser los sujetos, el papel de cada uno es totalmente diferente; el mediador, como señala reiterada doctrina en la materia, no juzga, ni asesora, ni acompaña a las partes, ni ofrece soluciones, de ahí su posición caracterizada por la imparcialidad, la neutralidad, la discreción y la confidencialidad, entre otras<sup>57</sup>. Mientras que en la intermediación, por su parte, lo que se busca es reinstaurar el equi-

---

gados de Valencia (ICAV). La intermediación hipotecaria es joven, y aunque es de nivel nacional, ha tenido un éxito, dentro de lo que cabe en la Comunidad Valenciana, la cual ha hecho importantes avances en este tema con el empleo de las intermediaciones hipotecarias, que han resuelto en un 19% de los casos con una dación en pago; en un 11% con la refinanciación de la deuda; en un 10% con la suspensión de alzamiento de la vivienda y en un 5% y 2% respectivamente con la reestructuración de la deuda y con la quita o rebaja de intereses. Se ha establecido para ello el programa de Intermediación Hipotecaria ICAV 2013, que se articula a través de un convenio con la Diputación Provincial de Valencia y se extiende a 14 partidos judiciales, lo que abarca un total de 215 localidades de la provincia de Valencia. Un total de 100 abogados formados en mediación atiende todas las peticiones realizadas en el ámbito de las problemáticas hipotecarias relativas a la vivienda habitual. La experiencia ha nacido desde el servicio de mediación del Colegio de Abogados de Valencia, que ofrece a los ciudadanos que lo solicitan la posibilidad de resolver su problema de sobreendeudamiento a raíz de un crédito hipotecario o por desahucio, mediante un proceso de intermediación extrajudicial que tiene como fin llegar al mejor acuerdo entre los bancos y los afectados. Vid. la primera jornada en España acerca de «Intermediación y problemáticas hipotecarias», en la que se ha subrayado la dura e inadecuada legislación hipotecaria actual. Datos tomados de *Actualidad*: «El ICAV analiza los fallos de la "dura" legislación hipotecaria española», <http://es.icav.es/ver/1366/el-icav-analiza-los-fallos-de-la-%80%9Cdura%80--legislacion-hipotecaria-espaa%C3%B1ola-.html#d>.

<sup>55</sup> En cualquier caso debemos señalar que tanto en la mediación como en la intermediación en los acuerdos que se tomen habrá de una forma u otra participación del notario en la primera, y del notario y registrador en la segunda, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del negocio jurídico sujeto a la afectación en concreto.

<sup>56</sup> Opinión que ha sentado la práctica en la materia y que la propia experiencia ha contrastado.

<sup>57</sup> Lo expresa acertadamente ROGEL VIDE cuando se refiere al comportamiento del mediador: «Conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente, actuación de acuerdo con las exigencias de la adecuada práctica profesional y



librio que se ha perdido entre la parte más fuerte de la relación, la acreedora, y el deudor, que ha sido siempre, y lo seguirá siendo, la parte más débil. Lo cual no significa que no comparta muchos de los requisitos que reúne la figura del mediador, comparten muchos parámetros, pero en el caso de la intermediación hipotecaria, el intermediador ha de tomar partido, y ello marca la diferencia.

*e) En cuanto a los principios que los informan*

Los principios tan marcados que identifican a la mediación, y de los cuales se hace eco la Ley 5/2012, se alejan en cierta medida de los principios en los que se apoya, en la práctica, la intermediación hipotecaria. Estos principios aparecen refrendados en los artículos 6 al 9 de la Ley 5/2012, entre los que destacan el equilibrio interpartes, la imparcialidad, la confidencialidad, la voluntariedad y la neutralidad, entre otros, todos ellos principios identificativos del derecho civil.

En primer orden tenemos el principio de igualdad de las partes, que como señala BARONA:

«Trata de mantener garantías del principio de igualdad de actuación, si bien no se trata de responder a una obvia y segura desigualdad personal que, en todo caso existe y concurre en todo procedimiento, puede llegar a aflorar. Supone, sin embargo, una necesidad de garantizar que en el procedimiento de mediación ambas partes, los sujetos que intervienen, sean dos o sean plurales en general, van a contar con los mismos derechos, posibilidades y cargas, de manera tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de algunas de las partes»<sup>58</sup>.

La intervención del intermediador hipotecario tiene como objetivo paliar y restablecer de alguna forma el desequilibrio económico y financiero entre las partes que participan en la misma, dígase banca y deudor, de ahí que no es posible emplear este principio en el tema que nos ocupa. Otra cosa sería que, restablecido, después de las negociaciones, cierto equilibrio, estas marchen sobre rieles.

En segundo lugar, cabe hacer mención al principio de imparcialidad, que en la mediación constituye uno de los principios claves refrendado en el artículo 7 de la Ley 5/2012. Viendo la cuestión desde bambalinas, el intermediador hipotecario, con independencia de que esté sujeto a algunos principios que informan la actividad de la mediación, carece de la imparcialidad<sup>59</sup>, porque su función es apoyar a la parte más débil del contrato, que es el deudor, esa es una de las finali-

---

de la buena fe, dedicación, competencia, independencia, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y secreto profesional, suministro de información», ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, págs. 29 y ss.

<sup>58</sup> Vid. BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pág. 180. Vid. MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER y BARONA), *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 20.<sup>a</sup> ed., págs. 249-250.

<sup>59</sup> Entendida la imparcialidad tal como resulta de lo previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley 5/2012, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas, seguido por lo previsto en el artículo 8, que dispone en relación a la neutralidad que: «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14».



dades. También carece de neutralidad, por lo menos vista tal y como se analiza en la ley, porque el intermediador apoya, aconseja a las partes en la búsqueda de la solución, revisa toda la documentación y ofrece información y asesoramiento jurídico, es parcial en su actividad y constituye un apoyo para los deudores, intermediando entre estos y la entidad bancaria<sup>60</sup>.

Los mediadores no pueden dar consejos jurídicos<sup>61</sup>, esto es una prohibición prácticamente universal en relación con las características y la figura del mismo, aun cuando pueda dar alguna información. En sede de intermediación hipotecaria, el intermediador/abogado tiene que ofrecer información y consejo jurídico, precisamente porque se carece, desde mi punto de vista, de un equilibrio entre la banca y los particulares. De ahí el papel activo que desempeñan.

Está claro que tendrá que mantener su actuación dentro de la confidencialidad, la buena fe, el secreto profesional, teniendo en cuenta el código deontológico de cada una de las profesiones jurídicas; si se trata de un abogado que interviene en sede de intermediación hipotecaria, habrá de ajustarse al código deontológico de la abogacía, y a los principios que juró en un momento determinado.

En cuanto al carácter voluntario o no de la intermediación hipotecaria frente a la voluntariedad de la mediación, que es un principio básico reconocido por la Ley 5/2012, podemos señalar que la mediación en general se asume, por lo menos en España, sobre la premisa de la voluntariedad, por diversas razones; la principal es que la base de la misma es la autonomía de la voluntad que marca todo el proceder y el sentido que la ley le ha impregnado a su articulado<sup>62</sup>. Convertirla en algo obligatorio sería errado por diversos argumentos que la doctrina en la materia ha defendido, entendiendo que es precisamente la bondad de la mediación su natural voluntario<sup>63</sup>.

En lo que respecta a la intermediación hipotecaria y la voluntariedad de la misma, el sentir de la práctica en cierto modo es el de que se asuma con carácter obligatorio. Este planteamiento puede estar sujeto a algunas razones; la principal, que es la que creo impera, es la complejidad de este tema; tratar directamente con la entidad financiera sin la intermediación de una persona capacitada para solventar, asesorar y llevar a cabo las negociaciones en cuestión es complicado, sobre todo porque las recientes normas regulan determinados requisitos que han de ser estudiados y ponderados por los abogados, así como las diferentes soluciones a las que se pueden acoger las partes, como la dación en pago o el alquiler, entre otras que se han comentado en este trabajo, todo lo cual indica que es recomendable que la intermediación sea siempre un paso previo.

<sup>60</sup> A diferencia de lo que la doctrina y la ley conciben como neutralidad, y tal como sienta el Código de Conducta Europeo para mediadores cuando señala que el mediador actuará imparcialmente en todo momento. Cfr. artículo 2.2 del citado Código de Conducta.

<sup>61</sup> Vid. CARRAMOLINO GÓMEZ, C.: «Los sujetos de la mediación», en *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar* (VV. AA.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pág. 158.

<sup>62</sup> Léase el magnífico tratado de BARONA VILAR, que explica acertadamente la cuestión, *op. cit.*

<sup>63</sup> Vid. BARONA, *op. cit.*, pág. 168.

Si bien, y a contrario sensu, podríamos considerar que de la misma manera que en su momento el deudor, haciendo uso de la autonomía de la voluntad que caracteriza al derecho civil, y que matiza los negocios jurídicos, de los cuales la compraventa es uno de sus máximos exponentes, compró, se hipotecó e hizo todo el conjunto de actos o negocios de una manera libre y voluntaria, igualmente la asunción o no de la intermediación hipotecaria como paso previo a todos los acuerdos con carácter obligatorio quebraría el espíritu de la libertad de las partes para estimar si acuden o no a la intermediación. Aquí cabe además la interrogante: ¿para quién es obligatoria la intermediación? ¿Es obligatoria para el banco, para el deudor, para todos?, y si finalmente fuera obligatoria y hubiera que pagar, ¿quién asumiría el coste? Estas son cuestiones que se quedan al azar.

La intermediación o cualquier intervención de abogado, aunque inicialmente y llevada por un buen ánimo de solidaridad, y aunque lo que se cobre sea poco o simbólico, nunca es gratuita, por lo menos de futuro algo costará. De igual forma que ha sucedido con la mediación, que, aunque se ofrezca un servicio gratuito, en otras ocasiones la que se realiza privadamente no es gratis, aunque nunca sea excesivamente onerosa. Cuestión que está prevista en el artículo 15 de la Ley 5/2012<sup>64</sup>.

Creo sinceramente que sería perverso que la intermediación fuera obligatoria, y mucho menos que no se pueda optar por llegar acuerdos si antes no se ha ido previamente a intermediación. Cuestión distinta es aconsejar a los particulares que es sano y constructivo ir primero, pero obligar a una persona, con el calvario que significa poder perder su casa, a un trámite previo, el cual no sabemos si resultará o no, me parece excesivo.

#### f) En cuanto a los acuerdos

La cuestión del acuerdo en sede de mediación ha sido un tema arduamente discutido<sup>65</sup>. Una cuestión sobre ello; en la mediación tradicionalmente vista el acuerdo no es imprescindible, aunque sea uno de los mayores intereses que llevan a las personas a la misma. Los doctos en mediación consideran que existe incluso una buena mediación, sino se logra el acuerdo, porque la finalidad de la mediación entre muchas es generar una nueva visión de la persona dentro de esa relación; sin embargo, en materia hipotecaria y de intermediación, el acuerdo es el fin principal,

<sup>64</sup> En el citado artículo se expresa claramente el tema de los honorarios de los mediadores, señalando: «Artículo 15. Coste de la mediación. 1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. 2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado». Este artículo se corresponde además a lo que previene por su parte el Código de Conducta Europeo para mediadores, que en su apartado 1.3, titulado «Honorarios», establece: «Cuando no se haya dispuesto otra cosa, el mediador deberá informar a las partes a qué forma de remuneración quedará sujeta su intervención. El mediador no deberá intervenir en mediación alguna antes de que los principios de su remuneración hayan sido aceptados por todas las partes interesadas».

<sup>65</sup> Vid. BARONA, *op. cit.*, pág. 434.

porque, como ya he comentado, no se busca que las personas mejoren, si el deudor ha actuado de buena fe, sino que se logre el acuerdo en relación con la ejecución hipotecaria. En cualquier caso el acuerdo, si se alcanza finalmente por las partes, seguirá lo previsto en la Ley 5/2012<sup>66</sup>, con la especificidad de que en el caso de la intermediación hipotecaria habrá que atenerse a la casuística y a la fase en que se encuentre la ejecución hipotecaria.

g) *En lo que concierne a la responsabilidad*

El tema de la responsabilidad en relación con la intervención del mediador no es excesivamente tratado por la norma<sup>67</sup>, en lo que respecta a la intermediación hipotecaria; al igual que en el caso de la mediación, el intermediador tendrá que responder por la negligencia o por la actuación de mala fe, en el asesoramiento a las partes, en la entrega de la documentación o en cualquier otra actuación que dañe o cause perjuicio a los mediados, teniendo en cuenta lo que previene el Código Civil en materia de responsabilidad.

#### 4.5.2. En relación con la negociación asistida

La negociación tiene muchas escuelas y tendencias de interés, dentro de ellas aparece la negociación asistida<sup>68</sup>.

La negociación asistida es un instrumento o técnica que permite a las personas ya sean físicas o jurídicas lograr un acuerdo o soluciones ante intereses contrapuestos o conflictos. Constituye una modalidad de negociación en la cual las partes que se ven involucradas en un conflicto intentan resolverlo por ellas mismas, con la ayuda o presencia de un tercero que, siendo imparcial, actúa como un tramitador o conductor de la comunicación.

La negociación asistida trae causa en el modelo de Harvard<sup>69</sup>, encaminado a que las partes encuentren determinadas ventajas, y que como consecuencia el resultado se base en un criterio determinado, independiente de los deseos y de la voluntad de los que intervienen en la negociación.

<sup>66</sup> Cfr. artículo 23 de la Ley 5/2012.

<sup>67</sup> *Vid.* VALERO Y COBAS, *op. cit.*, pág. 8: «La ley en materia de responsabilidad es bastante pobre y deja desde nuestro punto de vista a la práctica y a lo empírico la solución de los problemas, y por supuesto al siempre compañero, el Código Civil». Cfr. artículo 14 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>68</sup> Existen diversos estilos y escuelas para enfrentar la negociación. Podemos consignar entre alguno de ellos: a) ganar a toda costa (H. COHEN); b) ganar-perder; c) negociar sin ceder (R. FISHER y W. URY); d) negociación eficaz (D. SELTZ y A. MODICA); e) modelo de las ocho fases (G. KENNEDY; J. BENSON y J. McMILLAN); f) ganar-ganar (F. JANDT y P. GILLETTE); g) negociación efectiva (Huthwaite Research Group); h) negociar para satisfacción mutua (H. COHEN); i) modelo cooperativo (G. NIERENBERG); y j) negociación sistémica (M. SCHILLING).

<sup>69</sup> El modelo tradicional de Harvard no constituye directamente un método de mediación, sino una escuela de negociación y resolución de conflictos; estamos ante un método de mediación basado en una negociación de las partes asistida por el

Este método de negociación basado en los principios que ha desarrollado el proyecto Harvard de negociación señala que el resultado a alcanzar por las partes inmersas en un conflicto se debe basar en ciertas normas o criterios justos que sean independientes del deseo o voluntad de las mismas, teniendo en cuenta que la negociación es un medio básico para conseguir algo de los demás. Es una herramienta diseñada para que se pueda alcanzar un acuerdo<sup>70</sup> cuando hay intereses contrapuestos o controvertidos.

Para poder hablar de negociación, debe existir una zona de interés común, lo que significa que las partes en conflicto están interesadas en llegar a obtener un acuerdo; para negociar tiene que darse para ambas partes la necesidad de llegar a una solución, de lo contrario, no se iniciaría la negociación.

La intermediación hipotecaria se acerca más a la figura de la negociación asistida que a la de la mediación, porque tanto la entidad financiera o bancaria como los deudores están interesados en parlamentar, por llamarlo de alguna forma, de lograr un acuerdo o una solución que o bien evite el desahucio o que les permita optar por un alquiler social o acceder a algunas de las vías que la ley prevea, y para ello actúa entre ambos, pero con una clara posición no neutral, el intermediador, que en la práctica tramita la documentación del deudor, la estudia y la analiza, ofreciéndole propuestas al banco. Lo que prima es el acuerdo, pero tampoco llega a completar conceptualmente la idea de la negociación asistida, porque el papel fundamental del abogado es de revisión de la documentación, por lo menos esto es lo prioritario, para luego hacerle las sugerencias con todo a la entidad financiera, como ilustra VALL: «No es un trabajo de mediación tradicional, sino más bien de negociación o intermediación, puesto que el abogado para compensar el desequilibrio existente entre el deudor y la entidad bancaria, refuerza a la parte más débil. Vemos cuáles son sus posibilidades reales y, en función de su realidad familiar y social, buscamos una solución»<sup>71</sup>.

En el caso de la negociación asistida, las Partes se sientan a negociar, con vistas a llegar a un acuerdo, pero no en soledad, sino acompañadas o asistidas por un tercero, abogado o profesional del derecho que funge como un intermediario entre las dos partes. Cabe decir que, en cuanto a la intermediación hipotecaria, en la práctica el abogado no es el negociador directo entre el banco y el cliente, ni tampoco es un mediador de acuerdo a lo que la ley prevé para este tipo de instrumento de resolución extrajudicial de conflictos<sup>72</sup>. Es más bien un asesor de todas las cuestiones legales que inciden en el caso concreto, orienta, valora la situación y redacta un escrito para los

---

mediador. Este método está más centrado en la obtención del acuerdo que en las relaciones entre las partes. El mediador en este modelo es un facilitador de la comunicación y busca acercar las posturas de las partes. Es menos importante el problema subyacente que alcanzar acuerdos y obtener una solución que compense a ambas partes inmersas en el conflicto.

<sup>70</sup> En este punto cabe decir que en mediación se distinguen principalmente tres escuelas o modelos: modelo tradicional/lineal de Harvard (FISHER, URY y PATTON), modelo circular narrativo (Sara COBB) y modelo transformativo (BUSH y FOLGER).

<sup>71</sup> *Intervención Jornada, op. cit.*

<sup>72</sup> A contrario sensu de lo que ocurre en derecho comparado. El derecho norteamericano en alguno de sus estados reconoce la figura como tal de la mediación hipotecaria.

particulares, para que estos lo entreguen a la entidad financiera, como señala VALL, al hacer referencia al trabajo de las oficinas de intermediación<sup>73</sup>.

Puntualizando estos argumentos, a pesar de ciertas semejanzas con la negociación asistida, tiene su propia autonomía como figura que ha aparecido en el panorama jurídico español, entre otras cosas, por la especificidad de la relación jurídica que conoce, los sujetos y el ámbito de conocimiento en general. La negociación asistida o la negociación común son de aplicación en cualquier ámbito de la vida, asuntos civiles, vecinales, cuando hay un elemento extranjero, en consumo, etc., a contrario sensu la hipotecaria es de aplicación en un sector muy concreto y específico del ámbito civil, relacionado con la persona física fundamentalmente y con el incumplimiento de la obligación contraída.

### 4.5.3. En relación con la mediación hipotecaria

La mediación hipotecaria es un método autocompositivo para resolver los conflictos, constituye una modalidad de mediación pero dedicada específicamente a los conflictos que surgen como consecuencia de los impagos, desahucios, lanzamientos y todo lo concerniente a las ejecuciones hipotecarias.

Se define como aquel proceso durante el cual el propietario de la vivienda se reúne con su banco y con un mediador (también conocido como intermediario) capacitado con el objeto de discutir alternativas a la ejecución hipotecaria. El mediador no tiene la autoridad para ordenar una resolución, pero podría ser capaz de ayudar al banco y al propietario a llegar a un acuerdo. La ley requiere que tanto el propietario como el banco participen en el proceso de mediación de buena fe.

El estudio de la mediación hipotecaria parte por considerar la misma como una de las modalidades de la mediación tradicional, siguiendo los mismos principios básicos que en la actualidad aparecen en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Es voluntaria, es imparcial, el mediador cumple las funciones básicas que suelen caracterizar las actividades en sede de mediación. Cabe destacar que no suele ser obligatoria, porque tiene que haber una voluntad consciente y manifiesta por parte de los mediados, y porque además tiene un coste económico, de ahí que no suele ser gratuita.

Algunas notas que distinguen la mediación hipotecaria de la intermediación hipotecaria pasan por el mismo punto que con relación a la mediación tradicional<sup>74</sup>; habida cuenta de que, en el caso de la mediación hipotecaria, estamos en presencia de una modalidad más dentro de todas las que existen, con la variante especial que incide en el marco de la relación jurídica obligacional entre los bancos y los deudores. Por tanto, en común entre ambas cabría señalar el ob-

<sup>73</sup> Constituyen oficinas que se han creado a nivel autonómico para afrontar la situación legal de las ejecuciones hipotecarias.

<sup>74</sup> Que ya se ha desarrollado en apartados anteriores.

jeto de ambas mediaciones; en lo que respecta a las diferencias, todas las que he apuntado en el epígrafe precedente.

En España actualmente no existe la mediación hipotecaria, a diferencia del derecho comparado como sucede en EE. UU., que cuenta con cierta experiencia en la materia, por ejemplo en el estado de Florida, que desde 2008 cuenta con un servicio de mediación en sede hipotecaria.

De los cincuenta estados de los Estados Unidos, veintiocho han promulgado leyes o regulaciones procesales con respecto a la mediación en los procesos de ejecución hipotecaria. En catorce estados (California, Connecticut, Hawái, Indiana, Maryland, Maine, Massachusetts, Michigan, Nevada, Nuevo Hampshire, Nueva York, Oregón, Vermont, Washington) y en el distrito de Columbia han sido los congresos y asambleas legislativas los que han promulgado modificaciones a la legislación civil, procesal civil y a las reglas judiciales.

En nueve estados (Florida, Delaware, Illinois, Nueva Jersey, Nuevo México, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island y Wisconsin), han sido las cortes supremas y las cortes de los condados las que han adoptado las medidas. En el estado de Kentucky, uno de los condados adoptó sus propias regulaciones sobre el tema, aunque ni el poder legislativo ni el poder judicial del estado se han pronunciado al respecto<sup>75</sup>.

La mediación hipotecaria no ha tenido en el marco de las ejecuciones hipotecarias en EE. UU. demasiado éxito, a pesar de que aparecieron en el contexto legal, igualmente para ofrecer determinada cobertura jurídica a las personas desamparadas y con problemas en relación con sus impagos y la propiedad.

Entre las causas del fracaso de la mediación en los procesos ejecutivos hipotecarios en Connecticut, EUGENE MELCHIONE considera que el estado de Connecticut no ha financiado el programa lo suficiente, que los mediadores no han tenido tiempo suficiente para entrenarse en materia de ejecuciones hipotecarias, que los mediadores carecen de poder para imponer la reestructuración de las hipotecas y que los acreedores hipotecarios carecen de incentivo para negociar<sup>76</sup>.

En Florida, uno de los estados más afectados por el alto índice de ejecuciones hipotecarias y uno de los que más regulaciones ha adoptado en materia de mediación hipotecaria, la Corte Suprema del estado dio por terminado el programa de mediación hipotecaria en diciembre de 2011. Del total de 78.076 procesos de ejecución sometidos a mediación hipotecaria en el estado de Florida desde que comenzó el programa, en el 42 % de los casos los deudores lograron ponerse en contacto con los acreedores hipotecarios para intentar una negociación. Cuando las negociaciones se pudieron lograr, solamente en el 3,6 % del total de los casos donde hubo mediación se

<sup>75</sup> National Consumer Law Center, «Foreclosure mediation programs by state», <http://www.nclc.org/issues/foreclosure-mediation-programs-by-state.html>, consultada el 22 de abril de 2013.

<sup>76</sup> EUGENE MELCHIONE, «Foreclosure mediation is dismal failure», *Bankruptcy Law Network*. <http://www.bankruptcylawnetwork.com/foreclosure-mediation-is-dismal-failure/>, consultada el 22 de abril de 2013.

llegó a un acuerdo entre el acreedor hipotecario y el dueño del inmueble. En el condado de Palm Beach, que empezó a aplicar el programa de mediación en julio de 2010, 4.632 procesos fueron enviados a mediación hasta el cierre del programa. Solo el 1,6% resultó en acuerdo escrito<sup>77</sup>.

## 4.6. LA PRÁCTICA DE LA INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

La primera cuestión que debo decir es que no es una práctica institucionalizada ni generalizada. Es bastante reciente y es una consecuencia directa de la situación en que se encuentra España. Constituye una de las soluciones dentro del abanico que se están dando en la actualidad, unas con más éxito y apoyo que otras.

En el caso de la intermediación hipotecaria, es una fórmula de apoyo de los cuerpos jurídicos, fundamentalmente la abogacía, a las situaciones de ejecuciones hipotecarias acuciantes que se están dando en la actualidad.

Como señala Francisco NEMESIO, al hacer referencia a las diversas vías que se están trabajando en materia de ejecución hipotecaria: «La segunda vía pasa por continuar trabajando en el asesoramiento e intermediación hipotecaria, dentro del marco legal actual: que se apliquen las leyes vigentes de un modo acorde a las exigencias y necesidades excepcionales de la realidad social actual, sin incurrir en el abuso de derecho; y utilizando las técnicas de negociación, intermediación y de mediación civil»<sup>78</sup>.

### 4.6.1. Fases de la intermediación hipotecaria

La intermediación hipotecaria se puede solicitar y efectuar en diversas fases y situaciones en que llegan los deudores; así, tenemos que pueden acudir a la misma aun antes de pagar, cuando hayan dejado de pagar algunas cuotas (una o dos), cuando tengan más de tres cuotas impagadas y ya estén bajo notificación de la entidad (bien por telegrama o burofax), o bien cuando se haya iniciado ya el procedimiento, se encuentren pendientes de la fecha para la subasta, se les haya notificado la misma, o sean ejecutados pendientes de lanzamiento; incluso, como han señalado algunos especialistas en la materia, personas ya ejecutadas que han tenido que abandonar sus inmuebles y los han vuelto a ocupar por situaciones de verdadera necesidad, ya que no cuentan con ninguna vivienda ni familiares que les puedan acoger<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> OSTROWSKI, J.: «Admitting failure, Florida Supreme Court ends foreclosure mediation program», *The Palm Beach Post*, Monday, December 19, 2011, <http://www.palmbeachpost.com/news/news/real-estate/admitting-failure-florida-supreme-court-ends-forec/nL2bJ/>, consultado el 22 de abril de 2013.

<sup>78</sup> Vid. NEMESIO, *op. cit.*

<sup>79</sup> Vid. VALL, en *Jornada de intermediación hipotecaria, op. cit.*, pág. 2.



#### 4.6.2. Funcionamiento en la práctica de la intermediación hipotecaria

La aplicación de la intermediación hipotecaria tiene dos momentos: el primer momento es el análisis de las condiciones objetivas del préstamo y de la obligación que se tiene contraída con la entidad financiera; el segundo momento es el análisis de las circunstancias subjetivas tanto del deudor como de la familia, así como de los fiadores o avalistas<sup>80</sup>, componente esencial en esta problemática. Todo ello determinará si el comprador puede o no exigir al banco la aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 6/2012; si se dan los requisitos, se puede pasar a la siguiente fase, la de tramitación y aplicación de la intermediación, que es la de solicitar inmediatamente al banco, por escrito, acompañando la documentación de que en ese momento dispongan, y ofreciendo aportar el resto inmediatamente que se obtenga.

En esos casos el papel del abogado será, además de asesorar al comprador, redactarle la solicitud de las medidas previstas en el código para cada fase, ayudarle a obtener la documentación legalmente preceptiva que debe acompañar a la solicitud<sup>81</sup>, haciendo además un seguimiento de su tramitación por el banco<sup>82</sup>. Con todo esto, podrá o no formularse un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes.

Respecto al resto de compradores que no puede pagar el préstamo hipotecario, pero que no cumple los requisitos del citado Real Decreto-Ley de 2012, no podrá acogerse a al mismo, por lo

<sup>80</sup> Bastante olvidado desde mi punto de vista, cabe la pregunta ¿cuántos padres han avalado a sus hijos para la compra de un piso?

<sup>81</sup> Los documentos necesarios para acreditar que el deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual se encuentra situado en el umbral de exclusión (Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos) son los siguientes: certificado expedido por el Servicio Público de Empleo acreditativo de la situación de desempleo de los miembros de la unidad familiar residentes en la vivienda. En caso de trabajador autónomo sin rentas (por cuenta propia), se aportará certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el certificado de rentas expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación al último ejercicio tributario, los certificados de titularidades del Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar, el libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho, el certificado de empadronamiento de todas las personas empadronadas en la vivienda (momento solicitud y seis meses antes) y la escritura de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y documentación de garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

<sup>82</sup> En la práctica funciona de la siguiente manera: el deudor está en la obligación de suministrar toda la información y los documentos financieros contentivos de la situación hipotecaria, para llegar a la intermediación, buscando el acuerdo, que en todo caso está encaminado a un plan de refinanciamiento viable y factible. La entidad bancaria, por su parte, deberá ser flexible y tener la voluntad (código de buenas prácticas) para buscar y encontrar alternativas consensuadas a la ejecución hipotecaria, protegiendo de esa manera sus intereses y los intereses de sus accionistas, porque como señala algún sector de la doctrina: «Se trata de encontrar soluciones imaginativas que satisfagan a ambas partes. Se trata de hacer ver al banco que no pierde nada, sino que se ahorra gastos: mantenimiento, comunidad, se evita además que la vivienda se ocupe o se deteriore. Pero nunca aceptamos nada que no quiera la familia», *Vid. VALL, en su intervención, Jornada de Intermediación Hipotecaria*. El acuerdo, si finalmente se logra, se hará ante notario: una dación en pago, una ampliación o modificación de las condiciones del préstamo, o las que pudieran darse de acuerdo a la casuística.



tanto no tendrá derecho a exigir a los bancos adheridos a las «buenas prácticas» ninguna de las soluciones que he apuntado anteriormente, como: la reestructuración de su deuda, la minoración del tipo de interés, la quita parcial, la dación en pago; esos compradores tampoco tienen derecho a impedir que se inicien procesos de ejecución hipotecaria, ni a paralizar los ya iniciados. Pero sí pueden pedir un proceso de negociación con los bancos, y en este momento igualmente, y con independencia de que las soluciones pasen por otro entramado jurídico, sí podrán hacer uso de la negociación y de la figura del intermediador hipotecario.

La práctica jurídica en relación con la intermediación hipotecaria ha ido asumiendo diversas formas y estilos de actuación, aunque siguiendo los parámetros doctrinales y teóricos que se han expuesto, y en dependencia de la comunidad autonómica.

La solicitud de mediación que se está empleando<sup>83</sup> recoge lo siguiente: datos de la persona solicitante, datos del abogado, datos de la entidad bancaria, datos de la situación económica dividida en dos cuestiones fundamentales, si reúne en principio los requisitos para acogerse al Real Decreto-Ley 6/2012, de medidas urgentes para la protección de deudores hipotecarios sin recursos, y si la cuota hipotecaria resulta superior al 60% de los ingresos que percibe el conjunto de la unidad familiar, si se ha iniciado el proceso de ejecución judicial, el número de autos, el juzgado, el partido judicial y si hay proceso de ejecución notarial.

También hay que consignar los datos de utilidad sobre el préstamo hipotecario, el importe total del préstamo, la cuota hipotecaria mensual y el importe de adquisición de la vivienda según la escritura de compraventa. Igualmente se hacen constar los ingresos de la unidad familiar, el tipo de interés actual, el importe de adquisición de la vivienda según escritura de compraventa, los ingresos de la unidad familiar, y el tipo de interés actual, los años totales de la hipoteca, los años pendientes de pago, la cantidad del préstamo pendiente de pago, si el pago de las cuotas está al día, si el pago no está al día, desde qué fecha se ha dejado de pagar, qué cantidad se adeuda por cuotas no satisfechas y otros datos de interés.

Se han de explicar los motivos por los cuales se solicita la mediación (esto es opcional), igualmente se exponen las propuestas iniciales que la personas deudoras que estiman oportuno realizan. También la designación de la persona mediadora del centro de mediación si existiera, si la hace el centro de mediación o si la hacen las partes, así como el apellido y nombre de la persona mediadora designada por las partes.

Finalmente, se consigna una declaración donde las partes hacen constar que han sido informados de las características básicas de la mediación, la voluntariedad, la confidencialidad y la imparcialidad del mediador. Así como que han solicitado y aceptado la mediación o intermediación,

---

<sup>83</sup> A manera de ejemplo se puede ilustrar para la comprensión del tema este funcionamiento en una de las ciudades donde ha tenido bastante fuerza la mediación, y ahora la intermediación, en la Comunidad Valenciana, representada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV); ha elaborado un documento de solicitud de intermediación hipotecaria con vistas a poder acceder a la intermediación hipotecaria.

y que se aceptan las normas básicas que articulan el proceso de mediación, que sean aplicables a las problemáticas hipotecarias, las disposiciones de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la tramitación y requisitos establecidos por el centro de mediación pertinente.

Finalmente se autoriza la cesión de los datos personales al colegio de abogados y a los letrados responsables de la intermediación. Es un requisito esencial que la persona debe figurar en los listados de profesionales que llevan a cabo la mediación e intermediación del centro de mediación del correspondiente colegio de abogados<sup>84</sup>.

## 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las ejecuciones hipotecarias constituyen algunas de las noticias más mediáticas dentro del ámbito económico, político y social en España. El derecho tampoco ha permanecido en silencio, muchas voces vivas se escuchan todos los días, intentando ofrecer soluciones jurídicas y prácticas para apoyar a un sector de la población que día a día crece, y que ha pasado de una manera u otra a estar excluido socialmente; la pérdida del trabajo, luego de la vivienda habitual, lo ha llevado a este punto.

Muchos son los caminos para intentar resolver esta problemática, y todos los días hay una novedad legislativa, social o económica. Con este trabajo he pretendido ofrecer algunas ideas acerca de la situación jurídica en que está inmersa no solo España, sino el mundo. La crisis es dura, lenta y hay que tomar partido; no tomarlo es tomarlo también.

Dentro de las soluciones he optado por contar, acerca de la intermediación hipotecaria, la razón sencilla, y la expongo para cerrar algunas de las cuestiones en un tema del cual solo he expuesto la punta del iceberg. Cualquiera que sea la medida, la norma o la vía que se apruebe para paliar la situación en que se encuentran muchas personas en la actualidad, la figura de la llamada «intermediación hipotecaria» es una apuesta más que segura. Al constituir un instrumento de resolución extrajudicial de conflictos, constituye un buen puerto donde pueden amarrar las soluciones que se están dando diariamente.

La idea es apostar por la intermediación hipotecaria como puente entre todas las soluciones que se están dando, y que cambian constantemente.

Con el trabajo «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias. Luces y sombras sobre la cuestión» he pretendido ofrecer un marco doctrinal y conceptual, así como práctico, sobre una figura de la cual no existe nada o prácticamente nada escrito ni investigado, porque ha surgido empíricamente y ha ido reforzándose un poco cada día. Pero que dará mucho de sí en los próximos tiempos. Espero.

---

<sup>84</sup> Esto resulta de vital importancia porque los abogados han de ser mediadores y estar preparados y habilitados para ello.

Retomando el diálogo entre la reina Roja y Alicia, de la obra de Lewis Carroll: «Alicia miró alrededor suyo, sorprendida. –Pero ¿cómo? ¡Si parece que hemos estado bajo este árbol todo el tiempo! ¡Todo está igual que antes! –¡Pues claro que sí! –convino la Reina–. Y ¿cómo iba a estar si no? –En mi país –dijo Alicia, que todavía jadeaba un poco al hablar–, cuando se corre durante algún tiempo en una determinada dirección, se suele llegar a alguna parte. –Tu país debe ser algo lento –comentó la Reina–. Aquí tienes que correr a toda velocidad para poder permanecer en el mismo lugar, y si quieres desplazarte a otro, ¡entonces debes correr el doble de deprisa!».

## Bibliografía

BARONA VILAR, S. [2013]: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia.

CARRAMOLINO GÓMEZ, C. [2003]: «Los sujetos de la mediación», en *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar* (VV. AA.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia.

CARRASCO PERERA, A. [2009]: «Hipotecas para los pobres», BIB 2009\1671, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 783/2009, parte Tribuna, editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

– [2012]: «Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia», BIB 2012\891, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842/2012, parte Tribuna, editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

CASTÁN TOBEÑAS, J. [1993]: «Derecho de obligaciones», tomo cuarto, *Las particulares relaciones obligatorias en el derecho civil español*, 15.ª ed. revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Reus, Madrid.

COBAS COBIELLA, M. E. [2012]: «Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 29, España.

– [2013]: «La mediación y la autonomía de la voluntad. Notas introductorias sobre la cuestión», *La mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, libro coordinado por ORTEGA GIMÉNEZ, A. y COBAS COBIELLA, M. E., Economist & Jurist Difusión Jurídica.

CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, M. E. [2013]: «¿Mediación hipotecaria o intermediación hipotecaria?», *La mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario*, libro coordinado por ORTEGA GIMÉNEZ, A. y COBAS COBIELLA, M. E., Economist & Jurist Difusión Jurídica.

CRUZ ZABAL, M. y VALERO LLORCA, J. [2012]: «Cultura de paz en la mora hipotecaria», artículo publicado en la UEM, en <http://comunidad.uem.es/>.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. [2005]: «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», BIB 2005\2025, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 14/2005, parte Estudio, editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

GARCÍA ABURUZA, M. P. [2012]: «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula rebus sic stantibus», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2012, editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

GARCÍAS DE ESPAÑA, E. [2013]: «Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior», BIB 2013\59, *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, n.º 10 (febrero).

GUILLÉN CATALÁN, R. [2010]: *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MARÍN MATEO: <http://www.abelmarin.es/medidas-proteccion-deudor-hipotecado.html>.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *Estudio jurídico sobre la intermediación inmobiliaria, análisis de contratos de mediación inmobiliaria*. Estudio realizado en el marco del Proyecto OTRI (Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación) de la Universidad de Zaragoza, <http://www.consumidores.org/UserFiles/File/PDF%20Altres%20entittats/Estudio%20Juridico%20sobre%20la%20Intermediaci%20n%20Inmobiliaria.pdf>.

MELCHIONNE, E. [2013]: «Foreclosure mediation is dismal failure», *Bankruptcy Law Network*, <http://www.bankruptcylawnetwork.com/foreclosure-mediation-is-dismal-failure/>, consultada el 22 de abril.

MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER y BARONA): *Derecho jurisdiccional I*, parte general, Valencia, Tirant lo Blanch.

NÁJERA PASCUAL, A. [2011]: «El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 820/ 2011, parte Tribuna, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

NEMESIO CASABÁN, F. [2012]: «La intermediación hipotecaria sobre la vivienda habitual», *Diariojurídico.com*, consultado el 9 de octubre.

OSTROWSKI, J. [2013]: «Admitting failure, Florida Supreme Court ends foreclosure mediation program», *The Palm Beach Post*, Monday, December 19, 2011, <http://www.palmbeachpost.com/news/news/real-estate/admitting-failure-florida-supreme-court-ends-fore/nL2bJ/>, consultado el 22 de abril.

PARDO IRANZO, V. [2013]: «Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación, ¿qué normas aplicamos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 856, 24 de enero.

PARDO IRANZO, V. [2014]: *La ejecución del acuerdo de mediación*, Thomson Reuters Aranzadi.

PRATS ALBENTOSA, L. [2013]: «El juez ha de poder declarar la nulidad de una cláusula abusiva», *Temas*, Abogacía Española Consejo General, consultado el 20 de marzo.

ROGEL VIDE, C. [2010]: «Mediación y transacción en el derecho civil», *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Mediación, codirigido por GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLÓN URBINA J. y MARTÍNEZ DE CASTEO, E., 1.ª ed., Reus.

VALL RUIS, A. y PRATS ALBENTOSA, L.: «Intervención en Jornada de Intermediación Hipotecaria», *Abogacía Española*, <http://www.Abogacia.Es/2013/04/08/jornada-intermediación-hipotecaria>.

VIGUER SOLER, P. L. (Juez Decano de los Juzgados de Valencia): «Las ejecuciones hipotecarias están causando una sangría social» entrevista 28/10/2012 en <http://www.abogacia.es/2013/04/02/el-colegio-de-abogados-de-valencia-analiza-los-fallos-de-la-dura-legislacion-hipotecaria-espanola/#Id>.

VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M. E. [2012]: «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», *Diario La Ley*, 18890/2012, año XXXIII, n.º XXXX.