

La solución negociada ante la ejecución hipotecaria^{*}

por

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

*Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria
Facultad de Derecho*

SUMARIO

- I. EL IMPULSO EUROPEO A LA VÍA NEGOCIADA DE SOLUCIÓN.
- II. LA ALTERNATIVA CONVENCIONAL. LA NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN HIPOTECARIA.
 1. NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN:
 - A) *Cuestiones generales. El contexto del ámbito de la autonomía de la voluntad ante las ejecuciones hipotecarias.*
 - B) *Negociación o mediación sui generis para evitar o mitigar los efectos de las ejecuciones hipotecarias.*
 - C) *Diferencias entre negociación y mediación.*
- III. LA «MEDIACIÓN HIPOTECARIA» EN ESPAÑA.
- IV. SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO. RELACIONES DE PODER ASIMÉTRICO Y REEQUILIBRAR LA SITUACIÓN.
- V. LA POSIBILIDAD DE ACUERDOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO:
 1. LAS POSIBILIDADES DE ACUERDO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO Y EL PAPEL DEL TERCERO QUE ASISTE Y SUPERVISA LAS NEGOCIACIONES.
 2. LOS CONTENIDOS DE LOS POSIBLES ACUERDOS ALCANZADOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO.
 3. LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA INSTITUCIONAL. REDES DE OFICINAS DE MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

^{*} Estudio realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia: DER2010-19772, que lleva por título: RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA.

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL IMPULSO EUROPEO A LA VÍA NEGOCIADA DE SOLUCIÓN

Puede adelantarse que uno de los instrumentos que se han introducido en diversos países para paliar los efectos de la crisis antes de acudir a las ejecuciones patrimoniales es la mediación como sistema de solución extrajudicial de conflictos. Tanto 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, como en España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, contemplan este instrumento. La Ley 5/2012 no resulta aplicable a las relaciones de servicios financieros a particulares, puesto que entrarían dentro de la categoría de consumidores de esos servicios y resulta estar fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

Incluso, en el sector de los servicios financieros resulta obligatorio establecer o articular un servicio de atención al cliente por parte de las entidades de forma previa a las posibles reclamaciones administrativas o judiciales¹. No obstante, tanto por el desequilibrio de poder, por las cláusulas de sumisión en condiciones generales, como por la aparente falta de neutralidad estos mecanismos deben ser respetuosos al recabar el consentimiento de los clientes que participan en estas negociaciones, donde las ofertas casi siempre provienen de la entidad financiera.

En todo caso, estos servicios privados puede entenderse que son sistemas parciales de resolución de conflictos puesto que dependen de una de las partes, aunque es frecuente que para ofrecer mayores garantías y confianza se acuda a prestaciones de este servicio de terceras personas o empresas de reconocido prestigio². El que se den estas circunstancias especiales en el sector financiero condiciona bastante el tipo de negociación o mediación que se puede desarrollar. Pero no es este motivo para excluir la mediación en estos casos.

¹ En el sector financiero lo imponen, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, de protección de los derechos del usuario de servicios financieros ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor de las entidades financieras (vid. nota 41).

² En sectores como el financiero donde más se ha puesto en entredicho la imparcialidad del defensor del cliente y, puesto que es obligatorio acudir en primera instancia a reclamar ante este defensor, se establece también el recurso al servicio de reclamaciones del Banco de España que dispone de una oficina virtual www.bde.es. Para las controversias transfronterizas atinentes al sector financiero existe también una red de solución *online* de disputas que se denomina FIN-NET (Financial Dispute Resolution Network) auspiciada por la Comisión Europea http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/.

Además, el motivo real de exclusión de la materia de consumo del ámbito de aplicación de la Ley, al igual que la directiva transpuesta, no se encuentra en la falta de idoneidad de la mediación en este campo, sino en la idea de que la especialidad de la materia requiere una norma que regule de manera exclusiva y detallada este tipo de mediación. Actualmente se han aprobado en la Unión Europea dos importantes normas jurídicas sobre la materia que supondrán el impulso definitivo a la Resolución de Disputas en Línea (RDL) en materia de consumo (Vilalta Nicuesa, 2010 y 2013, págs. 389-390 y Cortés 2010) la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004, y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (*Directiva sobre RAL en materia de consumo*) y Reglamento (UE) número 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (*Reglamento sobre RLL en materia de consumo*)³.

Esta normativa europea supone un paso más en la línea de obtener un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. Esta inquietud también se manifestó en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Especial trascendencia en este punto adquiere la *Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*⁴ fue el primer impulso que la Unión Europea aportó a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. Sin embargo, y aun reconociendo la importancia de la recomendación como instrumento mediante el cual se abre la puerta a estos sistemas, la misma solo se refiere sólo a los procedimientos que, independientemente de su denominación, conducen a la resolución de un litigio mediante la intervención activa de un ter-

³ Actualmente, se ha aprobado la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo) (COM(2011)0793 - C7-0454/2011 - 2011/0373(COD)) y Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo) (COM(2011)0794 - C7-0453/2011 - 2011/0374(COD)). Los textos aprobados en primera lectura pueden encontrarse en la versión oficial en español en la web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0066+0+DOC+XML+V0//ES> y <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0065+0+DOC+XML+V0//ES>

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:ES:NOT>

cero que propone o impone una solución (método del arbitraje), y no cubre los procedimientos que simplemente pretenden acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo (método de la mediación).

Dentro de la especialidad, en materia de consumo se debe tener en cuenta el carácter tuitivo del marco legal que establece normas imperativas de orden público económico de protección a favor de la parte contratante que tiene consideración de consumidor o usuario⁵. Se ha expresado que estas normas tienen carácter «semi-imperativo» en cuanto sus previsiones son preferentes a las disposiciones privadas menos beneficiosas para el consumidor y ceden ante las disposiciones de autonomía más beneficiosas que las previstas en la propia norma legal para esta categoría de contratantes. Precisamente, para asegurar la observancia de estas normas «semi-imperativas» se ha establecido la necesidad de que todas las fórmulas de solución extrajudicial de disputas que afectan al ámbito del consumo se realicen en sede institucional o institucionalizada. En este sentido, no se admitirían intervenir o facilitar estas soluciones negociadas en el seno de instituciones privadas sino que debieran ser instituciones de carácter público. En principio, las instituciones públicas habilitadas en España para resolver, de manera exclusiva y excluyente, en materia de consumo son las Juntas Arbitrales de Consumo⁶. Sin embargo, para aquellas soluciones en las que no se necesite de un laudo arbitral porque no convenga una decisión vinculante de carácter ejecutivo y con fuerza de cosa juzgada podrían habilitarse otras instituciones. En este sentido, cabe admitirse una amplia variedad de sistemas para desarrollar una negociación o mediación institucionalizada⁷. La propia Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Disposición Adicional primera, establece el reconocimiento de instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones Públicas. De hecho, ya se han puesto en marcha numerosas experiencias, mediante medidas específicas o *ad hoc* para resolver cuestiones hipotecarias o de desahucios que no se llevan a la Junta Arbitral de Consumo (vid. *infra* epígrafe «La mediación hipotecaria en España»).

De todos modos, puede considerarse que las consecuencias derivadas de la ejecución hipotecaria conlleva otras implicaciones, más allá de la relación contractual de consumo de servicios financieros. Hay que ser conscientes de

⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003, pág. 218.

⁶ Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y artículos 1.2, 3 y 4 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

⁷ Es destacable, en esta línea, la iniciativa del Consejo General de la Abogacía en la creación de las «Oficinas de Intermediación Hipotecaria» <http://www.abogacia.es/servicios-ciudadania/oficina-de-intermediacion-hipotecaria/>.

que el préstamo hipotecario es un servicio financiero que, aparte del contenido contractual u obligacional, lleva aparejado un derecho real de garantía. Aunque la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio al contrato de préstamo, no deja de ser un derecho real diferente del derecho de crédito garantizado. Los derechos reales son materia puramente civil y, como tales, están dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012. De esta manera, si se caracteriza como mediación típica se puede contar con los beneficios de la suspensión del proceso judicial en curso y de los plazos (conforme a los arts. 16.3 y 4 de la Ley 5/2012). Sin embargo, el efecto suspensivo de la ejecución también puede obtenerse de igual manera cuando lo soliciten las partes (arts. 565, 538 y 19.4 LEC)⁸.

De otro lado, si se caracteriza como mediación atípica, se cuenta con la ventaja de no tener que ajustarse a todos los requerimientos legales para su configuración, pudiendo relativizarse el principio de neutralidad contemplado en el artículo 8 de la Ley 5/2012. De esta manera, el mediador podría equilibrar las posiciones de las partes garantizando la plena igualdad de oportunidades conforme el artículo 7 de la Ley 5/2012.

Incluso, como señala PEREÑA VICENTE, existen casos en los que la línea de separación entre los créditos de consumo y los inmobiliarios se difuminan como en el caso de la hipoteca recargable. Se denomina hipoteca recargable, a aquella que puede servir de garantía a créditos diferentes de aquél para el que se constituyó. Se ha venido utilizando la hipoteca recargable para financiar no sólo la adquisición de la vivienda sino sus mejoras y amueblamiento. Se viene advirtiendo que éste es un instrumento que utilizado a la ligera multiplica las posibilidades de pérdida de la vivienda habitual por sobreendeudamiento de las familias⁹.

Podría discutirse si este tipo de métodos de solución extrajudicial para estos conflictos comparten realmente la naturaleza jurídica de la mediación, si se asimilan más a otras figuras como la negociación o si son modelos *sui generis* de carácter ecléctico. De lo que no cabe duda, más allá de la categoría en la que deban ser incluidos, es que los servicios que asisten a deudor y acreedor hipotecarios para alcanzar un acuerdo negociado, justo y voluntario para evitar lanzamientos y hacer viable el cumplimiento, se están ofreciendo con éxito¹⁰. También es cierto que la denominación de estos servicios como de «mediación hipotecaria» ha encontrado fortuna y, en parte, no resulta incorrecta¹¹.

⁸ ACHÓN BUÑÉN, M. J., «La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales», en *Diario La Ley*, núm. 7379, 2010.

⁹ Por este motivo, también propone extender la facultad de desistimiento ante los préstamos hipotecarios por un plazo breve, sugiriendo el modelo francés (PEREÑA VICENTE, M., «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008, Tomo 2, LA LEY 39103/2008, pág. 1725).

¹⁰ Vid. con más detalle, *infra* Capítulo V sobre «La alternativa convencional».

¹¹ En alguna ocasión se ha mantenido que estas fórmulas distan mucho de considerarse procesos de mediación, aunque se valora positivamente el servicio que prestan. Incluso, en

II. LA ALTERNATIVA CONVENCIONAL. LA NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN HIPOTECARIA

1. NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) *Cuestiones generales. El contexto del ámbito de la autonomía de la voluntad ante las ejecuciones hipotecarias*

Sin duda que, ante una situación de incumplimiento, el recurso a la ejecución es expediente que no resulta plenamente satisfactorio para ninguna de las partes: para el acreedor, el hecho de comenzar un procedimiento implica diferir en el tiempo la recuperación, incurrir en gastos y fiar a un desarrollo más o menos adecuado en cuanto a su duración para, en su caso, acabar percibiendo un importe que puede no cubrir siquiera el importe de la deuda o, en su caso, incorporar un activo que, a su vez, generará el empleo de recursos (tiempo y dinero) en su gestión hasta llegar a hacerlo líquido. A ello debe añadirse otra circunstancia no menos importante: la regulación vigente impone a las entidades financieras, en los casos de morosidad, la obligación de provisionar, es decir, destinar parte de los recursos a cubrir el potencial riesgo de insolvencia, generando la correlativa inmovilización de recursos en su balance. En suma, la solución jurisdiccional puede —como así ocurre en buena parte de los casos— no ser eficiente.

Del lado del deudor poco hay que decir, pues ante la tesitura de acabar perdiendo el inmueble hipotecado —piénsese en la vivienda—, sin que en algunos casos llegue a ser satisfecho el débito en su integridad. Cuando, tras el remate, lo obtenido no alcance para pagar o cubrir la cantidad reclamada, ésta subsiste. En estos casos, permanece la deuda por la parte no pagada incrementada además por el devengo de intereses de demora a lo largo del procedimiento —que en estos tiempos no es precisamente escaso a pesar de la limitación del art. 114 LH— junto con las costas —a pesar de la limitación del art. 575.1 bis. LEC—. Y a esta situación se añade la complicación de la inclusión de la posición en los registros correspondientes de solvencia patrimonial o de crédito, denominados ficheros comunes (RAI, ASNEF, EQUIFAX, EXPERIAN, BADEXCUG, etc.) que acarrea situaciones sin duda nada deseables para el deudor.

En evitación de este tipo de situaciones, se articulan medidas tendentes a liquidar el conflicto económico generado acudiendo a las alternativas que, bien convencionalmente, bien a través de las posibilidades que otorga la Ley y el Código de Buenas Prácticas en situaciones concretas, puedan dar satisfacción, siquiera sea parcial, a las partes contratantes. Las que referiremos a continuación

ocasiones, se aventura la denominación menos adecuada de «intermediación hipotecaria» (MARTÍN AMAYA, J. L., *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español*, Sevilla, 2012, págs. 108-112).

son muestra de ello, aunque ha de anticiparse que su aplicación dependerá, en alguno de los casos, de las circunstancias concretas que concurren en cada una de las situaciones analizadas. No debe perderse de vista que los intereses de las partes son, aparente y originariamente, contrapuestos —cobrar y pagar—, lo que obliga a acudir en ocasiones a soluciones de compromiso que satisfagan en la mayor medida posible, los dos ámbitos de interés, lo que por otra parte no es sino una manifestación más del mundo de los contratos, con la salvedad de estar implicadas, en buena parte de las medidas a que aludiremos, las viviendas de los contratantes, sean o no consumidores. También resulta cierto que en interés común y final de ambas partes es que se lleve a buen término y sin incidencias el programa obligacional.

B) *Negociación o mediación sui generis para evitar o mitigar los efectos de las ejecuciones hipotecarias*

Se ha realizado en este estudio un análisis de la experiencia estadounidense en abordar coyunturalmente las situaciones de desahucios o ejecuciones hipotecarias en momentos de recesión económica. Una de las más recientes medidas que se han planteado en este país es la eficacia de los programas de mediación obligatoria o de mitigación de pérdidas en las situaciones de concurso de acreedores y, más concretamente, de ejecuciones hipotecarias. Se ha elaborado un interesante documento por parte del gobierno estadounidense sobre la contribución de estos programas en la ayuda para salir de la crisis. El documento publicado por el Comité de Justicia del Senado de los Estados Unidos¹² recoge una serie de recomendaciones como la promoción de la mediación a través de las *Executive Office of the United States Trustees* (Oficinas Ejecutivas de Administración), clarificar la modificación de la ley concursal (Bankruptcy Code Amendment) que significa que, aunque los tribunales tienen potestad legal para derivar a los programas de mediación derivados de la Sección 105 d) Regla 7016, el Congreso debería considerar incorporar una modificación o enmienda a esta sección para clarificar la vía procesal autorizada. Finalmente, se aportan los protocolos, documentos y experiencias de los estados de Nueva York, Rhode Island y Florida como modelos¹³.

¹² Documento publicado en 2011 en Washington, refleja la 2.ª Sesión del 111 Congreso, celebrado el 28 de octubre de 2010 (Serial No. J-111-113). Disponible en la web: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111shrg65122/pdf/CHRG-111shrg65122.pdf>

¹³ Esta política de mediación obligatoria en EE.UU. tampoco se muestra exenta de serias críticas, KAY, J., «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the BEST», en *ABA Journal* 95: 2009, págs. 14-17. Aunque puede mantenerse si se observan las cautelas clásicas advertidas en EE.UU. sobre esta derivación a la mediación impuesta por jueces y tribunales en «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for

Ciertamente, esta situación estadounidense descrita no resulta ajena a nuestras más recientes tendencias prácticas y legislativas¹⁴. En España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ofrece el marco normativo estatal a la mediación en el ámbito del Derecho Privado (en adelante Ley 5/2012). Se establece genéricamente que «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» (art. 2.1).

Sin embargo, a continuación, se deja fuera del ámbito de aplicación de la Ley «la mediación en materia de consumo», que es materia claramente de derecho privado y podría tener cabida dentro de esta mediación civil y mercantil (art. 2.2.d). Ya se ha expuesto en otras ocasiones la razón de que la Ley excluya la mediación de consumo de su ámbito de aplicación, siguiendo en este punto escrupulosamente la transposición de la Directiva 2008/52/CE¹⁵. Ciertamente, la especificidad de la materia de consumo y la experiencia institucionalizada del arbitraje de consumo dotan de entidad propia la mediación realizada en este campo. De otro lado, será necesario un régimen jurídico propio para la mediación de consumo, al resultar insuficiente la normativa actual. Este régimen jurídico especial para la mediación en materia de consumo se encuentra en vías de configuración. Acaban de aprobarse la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Habrá que esperar a la trasposición en nuestro ordenamiento jurídico para comprobar la regulación de este tipo de mediación que, a diferencia de la mediación civil y mercantil, será institucionalizada¹⁶.

Ensuring Fair and Effective. ProcessesReviewed work(s)»: *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104; SUSSKIND, L. E.; BABBITT, E. E., and SEGAL, P. N., «When ADR Becomes the Law: A Review of Federal Practice», en *Negotiation Journal*, 9: 1993, págs. 59-75.

¹⁴ Incluso algún autor establece el paralelismo de las mediadas para salir de la crisis entre culturas jurídicas occidentales como la estadounidense, la brasileña y la europea (DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., PEDROSA PAUMGARTEN, M., «Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation», [consultado el 11/12/12 en www.adrmaremma.it/english/pinhopaumgartenen01.pdf], págs. 23-27).

¹⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I, Mediación*, dir.: GARCÍA VILLALUENGA, TOMILLO URBINA y VÁZQUEZ DE CASTRO, Madrid, 2010, págs. 203 y sigs.

¹⁶ La mediación desarrollada en el ámbito del consumo se deberá realizar en el marco de las Juntas Arbitrales de Consumo, tal y como resulta de la necesidad de que se instrumentalice a través de las denominadas por la Directiva como «entidades de resolución alternativa» que

No obstante, no se entiende cómo el legislador ha excluido «en todo caso» (*sic*) la mediación de consumo en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, sin dejar su articulado como régimen supletorio. Sería deseable *de lege ferenda* que, una futura regulación de la mediación de consumo incluya la previsión, como derecho supletorio, de la Ley 5/2012 como norma de cierre. Aunque es comprensible la intención del legislador de prestar una atención especial a la mediación en materia de consumo, no se alcanza a ver motivos de peso que impliquen una desvinculación absoluta del régimen general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles como para que no se hubiese aplicado provisoriamente la norma general a la espera de que una norma especial se aplicase en sustitución de aquella. No resulta convincente el argumento de no interferir en las competencias autonómicas en materia de consumo¹⁷.

Estas primeras consideraciones sobre la nueva regulación española en materia de mediación se hacen para evitar conclusiones engañosas. Quedan fuera del nuevo marco legislativo un importantísimo volumen de casos civiles y mercantiles. Concretamente, quedan fuera de la aplicación de la Ley aquellos conflictos que surgen en las relaciones en las que se vea implicado un consumidor. Los servicios financieros entre entidades de crédito y particulares son relaciones en las que está implicado un consumidor, que es el usuario de esos servicios financieros. Por este motivo, se debiera concluir que no es aplicable la Ley de mediación a cualquiera de las cuestiones relacionadas con servicios financieros destinados a particulares. Sin embargo, cabe preguntarse si entra dentro de esta categoría el préstamo hipotecario destinado a la financiación de la vivienda habitual y permanente. Sin embargo, la conclusión que parece acertada para la contratación de los préstamos hipotecarios puede no serlo tanto para los efectos derivados de la garantía hipotecaria. Las garantías reales son cuestiones estrictamente civiles y nunca se han planteado en el ámbito del derecho del consumo. Quizá del carácter accesorio de la hipoteca podría derivarse una misma suerte de naturaleza que la del préstamo al que sirve de garantía.

establecida de manera duradera, que ofrezca la resolución de un litigio entre un consumidor y un comerciante mediante un procedimiento de resolución alternativa y que haya sido incluida en lista. También autorizadas por los Estados miembros a imponer soluciones vinculantes para las partes. Sin embargo, un procedimiento extrajudicial creado *ad hoc* para un único litigio entre un consumidor y un comerciante no debe considerarse un procedimiento de resolución alternativa (Considerando 20).

¹⁷ Existe ese compromiso, por ejemplo, en ámbito del arbitraje electrónico de consumo, donde el Ministerio de Sanidad se comprometía a poner a disposición de las Juntas arbitrales una aplicación electrónica para la gestión del arbitraje electrónico (Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo). Sin embargo, por problemas relacionados con los conflictos de competencias entre el Estado y las CC.AA. aún no existe tal plataforma (con más detalle, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, año 2011-3, núm. 27, pág. 28).

La necesaria vinculación de la garantía hipotecaria al préstamo de consumo la contagiaría de este idéntico carácter.

Sin embargo, no se ha planteado nunca en la protección jurídica de los consumidores una referencia o regulación en materia de garantías reales. La gran diferencia entre un derecho real y un derecho de crédito se traduce en que los derechos reales se refieren a las relaciones jurídicas con las cosas no entre los sujetos y tienen efectos *erga omnes*, con independencia de la condición o carácter personal de sus titulares. En aquellos casos en los que el crédito hipotecario no se establece sobre la propia vivienda cuya adquisición se trata de financiar, es posible que el titular o propietario del inmueble que se ha ofrecido en garantía sea persona distinta del prestatario. Puede un profesional poner como garantía de un crédito para su actividad económica su propia vivienda familiar o, por el contrario, puede un profesional ofrecer una vivienda, destinada a despacho profesional, como garantía para la adquisición de su vivienda habitual. En consecuencia, debería considerarse dentro del ámbito de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles las cuestiones hipotecarias y, en cambio, estarían fuera del ámbito de aplicación de la norma las cuestiones relativas a los contratos del préstamo.

En todo caso, respecto a las situaciones derivadas de ejecuciones hipotecarias resulta aplicable la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles pero resulta imposible deslindar la materia hipotecaria de la materia contractual de la que es naturalmente accesoria¹⁸. Por este motivo, aunque la materia accesoria debiera seguir a la principal en cuanto al régimen jurídico aplicable puede mantenerse que, hasta que no exista normativa especial debe entenderse aplicable la mediación a la materia hipotecaria y los acuerdos alcanzados a través de la misma podrán y deberán afectar a los préstamos hipotecarios en función de la libertad de pactos y las facultades de novación que ofrece la libertad contractual.

Ciertamente, la mediación es un sistema de solución extrajudicial de conflictos en expansión y el marco jurídico se va completando desde las distintas leyes autonómicas hasta la ley estatal. Sin embargo, hay que ser conscientes de que esta normativa que consagra la aplicación de la mediación consolidándola y ofreciendo seguridad se fragua sobre la base de las experiencias previas¹⁹.

¹⁸ La hipoteca se constituye siempre en garantía de una obligación, artículo 1875.I del Código Civil, pudiendo garantizar todo tipo de ellas, bien sean puras o bien condicionales (art. 1861 CC), e incluso constituirse en garantía de una o diversas obligaciones de cualquier clase, presentes o futuras, conforme ha establecido el artículo 153 bis LH, redactado por la ya citada Ley 41/2007. Destaca por ello el carácter accesorio de la garantía, ligada siempre, al menos en principio, a la obligación a que da cobertura, sin perjuicio de la flexibilización de este fundamental principio.

¹⁹ Puede comprobarse cómo la mayoría de las Exposiciones de Motivos de las Leyes de Mediación hacen referencia a que se toma como referencia para la nueva regulación las experiencias preexistentes en la práctica de este método de solución de conflictos.

El régimen jurídico de la mediación debe considerarse siempre preexistente a las leyes especiales, al fundamentarse en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, cuya consagración se encuentra en las principales normas de cualquier ordenamiento jurídico (arts. 1255 y 1091 del Código Civil español).

Existen campos de aplicación de la mediación que surgen de las necesidades y demandas sociales y la carencia de una norma específica que haya previsto este tipo de mediación no obsta para que puedan aplicarse las técnicas de mediación o que se adapten para solucionar nuevos problemas. El ámbito de los problemas en el cumplimiento de los préstamos hipotecarios es uno de estos problemas que se ha agravado en los últimos tiempos. En este sentido, no debe importar si el resultado de la aplicación de las técnicas de mediación, de la aplicación de otras técnicas de solución alternativa de conflictos (ADR), o de la combinación de diversas técnicas se ajusta o no a la figura o concepto estricto de la mediación que, incluso, se ha previsto legalmente. De hecho, en EE.UU. existen multitud de modalidades de ADR y, sin embargo, se está apreciando una metamorfosis que en el uso generalizado del término mediación en lugar del de ADR, que inicialmente tuvo mejor fortuna²⁰.

En el caso que nos ocupa de la mediación hipotecaria, quizá el quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley pueda tener incluso una lectura positiva. La atipicidad permite una mayor libertad de actuación y caracterización, al no estar, de momento, encorsetado en el régimen jurídico establecido en la Ley y permitirse mayor flexibilidad. Aunque, no hay que llevarse a engaño, la mediación en este ámbito es fundamentalmente mediación civil, con independencia de las peculiaridades que se requiera en su adaptación al ámbito del consumo y de los servicios financieros.

En todo caso, con independencia de la denominación convencional que se le quiera dar, en última instancia, se tratará de un sistema de gestión de conflictos atípico que encuentra perfecta cabida en nuestro sistema jurídico. La atipicidad sólo implica que su régimen jurídico no se encuentra previsto en ninguna legislación o normativa actual, pero esta situación queda perfectamente integrada en nuestro sistema de libertad de pactos, sobre el que pivota nuestro derecho privado, siempre que el resultado no sea contrario a la Ley, la moral o el orden público.

Por este motivo, no resultan aceptables las críticas a la mediación o gestión de conflictos en ámbitos como el sobreendeudamiento de las familias y, más concretamente, ante los casos en los que la imposibilidad de amortizar los plazos del préstamo hipotecario lleva a las familias a perder su hogar. Actualmente, el sobreendeudamiento de las familias viene significando impotencia patrimonial.

²⁰ GERENCSE, A. E., «Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would Help», en *Alternatives*, vol. 18, n.º 4, abril 2000, pág. 82.

nial de las familias para poder afrontar el pago de los créditos a las entidades financieras. En este sentido, la situación habitual viene siendo la de un deudor, consumidor o usuario de servicios financieros, que incumple las obligaciones contraídas con la entidad de crédito.

Ante esta situación de incumplimiento surge la posibilidad de renegociar los términos de la obligación, facilitando el cumplimiento voluntario, aunque extemporáneo. Ante el impago de alguna de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario se activa un protocolo de actuación de la entidad de crédito donde es perfectamente viable negociar una solución viable para facilitar el cumplimiento al deudor moroso. En esta situación es donde pueden surgir las oportunidades para acudir a la mediación. También, el deudor consciente de su incapacidad para afrontar el pago podría adelantarse proponiendo esta mediación. En esta filosofía se enmarca el Código de Buenas Prácticas. La propia adhesión de las entidades de crédito a este código implica una solución convencional puesto que no resulta obligatoria la sumisión al mismo. En todo caso, las medidas auto-asumidas por los acreedores hipotecarios al adherirse al Código se muestran siempre complementadas por la idea de que «el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente». En definitiva, supone una llamada a la solución negociada entre las partes (1.b).

De otro lado, también el acreedor puede poner en marcha la maquinaria judicial ejercitando todas las acciones de tutela del derecho del crédito que le concede el ordenamiento jurídico ejecutando las garantías reales que, en su caso, tuviese constituidas a su favor. La ejecución de la hipoteca sobre el inmueble como garantía real más común exigida para financiar la adquisición del mismo implica el derecho del acreedor a promover la enajenación forzosa y, en consecuencia, se ejercita directamente contra el bien, con independencia de en qué manos se encuentre (art. 129 LH).

En cualquier caso, ambas posibilidades no son necesariamente excluyentes y en la primera opción es donde resulta más útil y eficaz la mediación. Aunque no debe descartarse que quepa aún la mediación una vez iniciada la maquinaria judicial por parte del acreedor, aunque se reduce el margen de eficacia. Hay que ser conscientes de que se trata de una mediación atípica, no incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, si el crédito bancario ha sido concedido a un consumidor o usuario, pero aplicable en el momento en el que se acude a ejecutar la garantía hipotecaria.

Las críticas a los nuevos servicios de gestión de conflictos derivados del sobreendeudamiento de las familias se han observado desde dos perspectivas diferentes. De un lado, los abogados que consideran que la expansión de la mediación interfiere en sus labores ordinarias de llevar las pretensiones de sus clientes al inevitable y seguro enjuiciamiento ejecutivo. En este sentido, la

labor del mediador en estas cuestiones se considera un intrusismo, sea el mediador también abogado o provenga de otra profesión (en este último caso con mayor motivo). De otro lado, la crítica proviene de los mediadores puristas y dogmáticos de toda procedencia y titulación, que entienden que este tipo de mediaciones que no responde a los cánones clásicos, a los principios básicos o al proceso consagrado de la mediación, no debe considerarse mediación y que los mediadores deben abstenerse de ejercitarla, e incluso de intentarla.

Huelga recordar que el principio de flexibilidad, a menudo denostado y olvidado, es también propio de la mediación. No importa, ni se hará a continuación, una defensa a ultranza de la consideración de la mediación hipotecaria como verdadera mediación. Lo verdaderamente importante es que ante un verdadero y serio problema ha surgido una vía extrajudicial de gestión de conflictos, donde antes no se intentaba. En esta nueva forma de gestionar los conflictos la influencia de la mediación y la negociación es evidente y el empleo de sus técnicas son un hecho. También es un hecho el éxito de muchas de estas experiencias. En consecuencia, resulta indiferente la denominación que se le de o las críticas sobre lo heterodoxo del sistema, porque lo realmente importante es que se ha demostrado ser útil para resolver un grave problema. Además, y con independencia de que se incluya o no en su ámbito de aplicación, la Ley 5/2012, ofrece una definición tan genérica de la mediación que justifica perfectamente que se pueda hablar de mediación hipotecaria para referirse a esta vía de solución extrajudicial²¹.

Es importante tener clara la caracterización de la mediación hipotecaria para conocer claramente su régimen jurídico y, por ejemplo, saber si se van a paralizar los plazos de las acciones con las que cuenten las partes. En caso de no considerar que estamos ante una mediación de las recogidas en la Ley 5/2012, no hay posibilidad de contar con esta importante consecuencia legal.

C) Diferencias entre negociación y mediación

Pueden destacarse las diferencias metodológicas entre la negociación y la mediación. De hecho, en la mediación se utilizan algunas técnicas de negociación, pero la gran diferencia está en que en la mediación interviene un tercero que facilita la comunicación y negociación entre las partes racionalizando el proceso. El objetivo de la mediación es conciliar intereses y necesidades de las partes. El objetivo no es necesariamente alcanzar un acuerdo (aunque existen escuelas como la de Harvard que tienden a esta concepción) sino mejorar las

²¹ «Artículo 1. Concepto. Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».

relaciones entre las partes. En la negociación el objetivo, de cada parte, es optimizar su interés jugando con ofertas y contraofertas. En la negociación se trata de ceder, todos, alguna de sus pretensiones para obtener otras. En cambio, la mediación busca que todas las partes ganen con el posible acuerdo e, incluso, transformar sus relaciones para mejorarlas. El consabido ganar/ganar de la mediación se puede formular de la siguiente manera para transformar las relaciones insatisfactorias preexistentes «si usted hace lo que ha hecho siempre, obtendrá lo que siempre ha obtenido; si lo que está haciendo no funciona, haga otra cosa».

Otra de las grandes diferencias está en el proceso de mediación y de negociación. El proceso de mediación y el de negociación tienen en común su carácter flexible. Sin embargo, el planteamiento en ambos procesos es bien distinto. Gráficamente suele decirse que la negociación se asemeja a un juego de cartas. Las partes de la negociación intentarán jugar sus mejores bazas y para ello jugarán con la información y la omitirán si consideran que puede ser un as en la manga o la irán suministrando conforme entiendan que beneficia a sus intereses (en cierto modo, es la filosofía del pleito y del ganar/perder porque se basa en el juego de sumatorio cero que es competitivo y no-colaborativo).

En cambio, la mediación suele decirse que es un puzzle. De hecho, muchas asociaciones de mediación han adoptado piezas de puzzle como logotipo. En cierto modo, podría admitirse este símil. La filosofía sería la siguiente: el mediador administra la información pero debe tenerla toda para poder ayudar a las partes a resolver sus disputas. Es decir, dentro de la confianza en el mediador y gracias al principio de confidencialidad que salvaguarda el secreto profesional del mediador deben ser conscientes las partes de que deben colaborar con el mediador respondiendo y contestándole a todas las cuestiones que les plantee. El mediador debe obtener la máxima información útil para luego diseñar el mapa del conflicto. El mediador tiene que encajar todas las piezas para ayudar a solucionar el conflicto. Si falta información o no hay una información correcta falta una pieza del puzzle y ya no encajarán o no será posible resolver el conflicto.

Sin embargo, este símil o analogía tiene un gran fallo. El mediador no debe ser dogmático, sino creativo y flexible para resolver los conflictos. El concepto del puzzle no nos sirve porque no sólo hay una solución válida posible. Debemos estar abiertos a múltiples soluciones y que sean las partes las que elijan la que mejor se adapta a sus concretas relaciones. En este sentido, es mejor pensar gráficamente que la mediación se asimila al Cubo de Soma. El Cubo de Soma presenta dilemas con limitaciones y reglas que responden a varias soluciones válidas que están a disposición de la creatividad y adaptabilidad del participante. Es decir, un «rompecabezas» donde pueden encajar las piezas de muy distintas formas.

III. LA «MEDIACIÓN HIPOTECARIA» EN ESPAÑA

Han sido recientes las iniciativas de servicios de «mediación hipotecaria» en España. A pesar de su corta experiencia merece destacarse la gran repercusión mediática que han tenido estos servicios. Esta repercusión viene dada por lo dramático de muchas situaciones familiares a las que tratan de dar respuesta o buscar soluciones viables para aliviar la situación de quienes se encuentran angustiados por la deuda hipotecaria. También, muchos de los servicios de la denominada «mediación hipotecaria» se han encargado de mediar o negociar en casos de arrendamientos urbanos en los que los arrendatarios se han encontrado con dificultades para afrontar el pago de las rentas inicialmente pactadas con el arrendador. No obstante, este trabajo se centrará exclusivamente en los casos de «mediación hipotecaria» de adquirentes o propietarios que incumplen el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario y se ven amenazados por la ejecución de la hipoteca.

La experiencia en las iniciativas que se llevan a cabo en España en materia de «mediación hipotecaria» es muy diversa y surge desde distintos ámbitos. Por este motivo, hasta donde se ha podido observar los procedimientos, ámbitos de actuación y modos de actuar son diferentes aunque la finalidad es común al tratar de buscar soluciones a un problema común. No obstante, se pueden extraer muchos puntos comunes e, incluso, un procedimiento o protocolo similar de actuación. En todos los casos, existe un respaldo institucional que puede surgir de entidades locales, provinciales o autonómicas²². También, en todos los casos, estas oficinas de mediación hipotecaria tratan cada caso de manera personal e individualizada, analizando cada una de las opciones en función de la gravedad que revista cada caso concreto. Es decir, aunque la problemática es común, se huye de las soluciones estandarizadas y se acude a las técnicas de mediación que trata de atender a los intereses y necesidades de cada caso concreto.

Puede también observarse que se ha producido un cierto respaldo legislativo a esta incipiente actividad de mediación hipotecaria con el impulso que se ha tratado de ofrecer a la posibilidad de acuerdos ante situaciones de impotencia patrimonial de deudores hipotecarios sin recursos. En este sentido, debe mencionarse el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que ha sido objeto de una importante reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Este marco normativo supone una promoción indirecta a la

²² Las iniciativas que se han analizado en la elaboración del presente estudio son las llevadas a cabo desde el Ayuntamiento de Torrelavega en la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde la Diputación de Granada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las del Gobierno catalán y vasco en sus respectivas Comunidades Autónomas.

negociación y mediación. Se trata de una forma de potenciar indirectamente estas salidas pactadas porque no establece medidas imperativas sino que incluye un código de buenas prácticas que las entidades financieras pueden adoptar de manera voluntaria. Con esta normativa se pretende dar respuesta a una demanda social importante para paliar la situación desesperada de muchas familias que corren el peligro de perderlo todo, más allá de la vivienda que habitan. El valor de la vivienda no cubre la deuda o deudas que garantizan y las familias se ven arrastradas a un futuro incierto o a situaciones de exclusión social.

Debe destacarse que, pese a que el código de buenas prácticas incluido en el anexo al Decreto-Ley es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito, la totalidad de las entidades de crédito han optado por adherirse²³. Una vez adheridas, las disposiciones del Código deberán respetarse obligatoriamente durante dos años, prorrogables automáticamente por periodos anuales, supervisando su cumplimiento una comisión de control. Además, se impone a las entidades adheridas la obligación de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas.

Sin duda, lo que ha contribuido a la general adhesión es que la imagen corporativa de las entidades de crédito que no mostrasen este acto de adhesión se vería empañada y la publicidad negativa o pérdida de confianza de los clientes repercutiría negativamente en sus balances. Además, la adhesión se rentabiliza como muestra de compromiso social para ganar la confianza de los clientes²⁴. En este sentido, también puede observarse que muchas entidades de crédito importantes no cuentan prácticamente con garantías hipotecarias en ejecución o pendientes de ejecución. La razón de esta diferencia no se encuentra en haber abordado la concesión de créditos hipotecarios con parámetros más rigurosos o exigentes puesto que con el «boom» inmobiliario todas las entidades entraron en idénticas condiciones de financiación. Más bien, se trata de una sencilla operación de salvaguarda de la reputación que han empleado algunas entidades. Resulta una operación bastante frecuente la cesión de créditos hipotecarios denominados eufemísticamente «tóxicos» o de alto riesgo a otras entidades del grupo menos conocidas. Con este tipo de operaciones es el cesionario el que finalmente se encarga de reclamar el pago y ante el incumplimiento ejecutará la

²³ Las entidades de créditos que han comunicado su adhesión voluntaria a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera son las recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2012 de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (BOE de 12 de abril). Sólo entidades financieras de matriz extranjera son las grandes ausentes de esta primera manifestación pública de adhesión.

²⁴ Resulta muy importante para las entidades de crédito mantener e infundir confianza a los clientes. De hecho, más allá de la transparencia en la gestión y en los balances, se están llevando a cabo importantes campañas publicitarias sobre la responsabilidad social corporativa que desarrollan.

garantía hipotecaria. De esta manera, la imagen de la entidad de crédito cedente no resulta teóricamente afectada por los desahucios.

IV. SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO. RELACIONES DE PODER ASIMÉTRICO Y REEQUILIBRAR LA SITUACIÓN

Partiendo del presupuesto de que no existían diferencias significativas en las concesiones de préstamos hipotecarios de las entidades de crédito, en la mayoría de los casos de ejecuciones hipotecarias generalizadas hubo una mala valoración del riesgo. Es importante dejar clara la diligencia exigible a los profesionales del sector financiero a la hora de adoptar decisiones sobre la concesión de préstamos. De otro lado, también es importante considerar que la elección de garantías y la evaluación de su suficiencia para cubrir la deuda dependen en exclusiva de la diligencia de los profesionales que la exigen y aceptan. Una de las conclusiones de la amplia experiencia estadounidense, en la que se ha centrado una parte de este estudio, mostraba cómo la mediación hipotecaria propiamente comenzaba legitimando al deudor.

Es cierto que el reproche de que se frustre la finalidad prevista en el contrato de préstamo recae sobre el prestatario al resultar ser el incumplidor. En el derecho de crédito el deudor tiene el deber de realizar una conducta que satisfaga el interés del acreedor y éste tiene la facultad de exigir el cumplimiento, incluso de forma coercitiva a través de la vía judicial. El deudor que no cumple de forma exacta, íntegra y puntual podrá ver asociada a su comportamiento la consecuencia de la responsabilidad exigida por el acreedor. Es decir, la responsabilidad contractual resultará imputable al deudor moroso o al que incumple de cualquier modo la obligación por negligencia o dolo (art. 1101 CC). También es cierto que el contrato de préstamo es un contrato típico que tiene carácter unilateral por surgir obligaciones exclusivamente por parte del prestatario que tiene que restituir el capital y abonar los intereses. En este sentido, toda la responsabilidad y reproche sobre las consecuencias nefastas de haber solicitado y obtenido préstamos inasumibles es el propio prestatario quien las sufre. Además, en los préstamos hipotecarios puede afirmarse que el acreedor tiene blindada parte de la satisfacción de su interés con la constitución de la garantía real con la que se grava el inmueble.

En este sentido, tanto en la negociación como en la mediación hay que legitimar a la parte prestataria que tiene muy mermada su capacidad de negociación. La negociación más técnica exige a las partes tener siempre clara cual es su mejor alternativa a un acuerdo negociado (MAAN)²⁵. Este concepto indica, en

²⁵ En inglés el acrónimo original que ha dado origen a la traducción utilizada es BATNA que significa «*Best alternative to a negotiated agreement*». El concepto fue acuñado en la

cada momento, la posición de una de las partes respecto a la otra parte dentro del ámbito de la negociación. Es un concepto que puede cambiar a través del tiempo y define cual de las partes negociadoras saldría más perjudicada en caso de no alcanzar un acuerdo. El problema de negociar ante una ejecución hipotecaria es que la mejor alternativa al acuerdo negociado siempre es de la entidad de crédito que tiene en su poder la posibilidad de ejecutar la hipoteca. Sin embargo, tampoco sería una buena estrategia por parte del acreedor hipotecario abusar de la situación, ya que podría perjudicar a la entidad de crédito no volviendo a tratar con él, obteniendo la ejecución pero quedando buena parte de la deuda sin cubrir y generándose más gastos o empañando la imagen pública de la entidad. Todos salen perjudicados ante una generalización en la ejecución de las hipotecas, derivando en negativas consecuencias también para las entidades de crédito, ya que es el respaldo de la inversión de sus clientes el principal objetivo de su negocio y la base de su existencia.

Para legitimar al prestatario hay que mostrar la difícil situación patrimonial a cuyo resultado se ha llegado como una operación compleja en su conjunto en la que han fallado diversos factores. No se trata de una garantía real aislada, ni un contrato de préstamo aislado sino de una operación para financiar la adquisición de una vivienda (compraventa, préstamo e hipoteca están necesariamente vinculados). En efecto, estas situaciones se acercan a lo que la jurisprudencia ha calificado como contratos vinculados. El contrato de préstamo hipotecario, que generalmente se analiza en la mediación hipotecaria, resulta condicionante de la compraventa de la vivienda y la garantía hipotecaria se muestra condicionante del préstamo. El adquirente medio, que compra un inmueble para destinarlo a vivienda familiar, jamás podría asumir el desembolso del precio sin obtener la financiación de la entidad de crédito. La envergadura de la operación implica asumir una responsabilidad por parte del comprador que debe conocer su capacidad de pago y, al tiempo, se asume cierto riesgo por parte del financiador. Es cierto que el contrato de compraventa y el de préstamo son dos contratos típicos diferentes y la causa en ambos contratos es diferente. En todo caso, la finalidad del contrato de compraventa para el comprador es adquirir la vivienda. Ésta es la misma finalidad o motivación para el prestatario o deudor hipotecario. La finalidad o motivación del prestamista o acreedor hipotecario es que se le reembolse el capital y se le paguen los intereses.

En el momento en el que se ejecuta la hipoteca se han frustrado los intereses de ambas partes. De un lado, se ha frustrado el evidente interés del comprador-

Escuela de Harvard, dentro del Programa sobre negociación (Program On Negotiation: PON). Concepto desarrollado por los autores Roger FISHER y William URY en su serie de libros sobre «Principios de la Negociación» cuyo primer título fue el famoso *Getting to Yes* que se ha convertido en uno de los principales *best sellers* del género de no ficción (cuya primera edición data de 1981).

prestatario y, de otro lado, se ha frustrado el interés de la entidad financiera-acreedora hipotecaria. Cada vez queda más patente la frustración de la finalidad de la entidad de crédito al ejecutar la hipoteca puesto que cada vez resulta más difícil colocar en el mercado los inmuebles ejecutados y, finalmente, pasan a formar parte de una bolsa de inmuebles vacíos en el patrimonio de las entidades de crédito que provocan no pocas disfunciones. Las entidades de crédito han tenido que crear o aliarse con agencias inmobiliarias para tratar de realizar el valor de los inmuebles. El Banco de España ha intervenido para que las entidades de crédito se deshagan de estos activos inmobiliarios. Colocar estos inmuebles en el mercado supone rebajar el precio muy por debajo de su valor por lo que debería reconsiderarse si en lugar de utilizar este largo y tortuoso camino para finalizar con un importante sacrificio patrimonial no convendría utilizar la negociación con los prestatarios, clientes del banco, para tratar de minimizar esas pérdidas o buscar soluciones viables y que traten de satisfacer los intereses de todos probando con las técnicas de mediación (ganar-ganar).

El interés del prestatario es mantener el hogar familiar. El interés del banco es recuperar el capital prestado y obtener intereses como los frutos civiles del capital, así como cierta remuneración de sus servicios en forma de comisiones o más técnicamente «tarifas por comisión bancaria».

El coste de las propias ejecuciones es importante, más los intereses que siguen devengándose, y se analiza en este trabajo, al incidir sobre las sentencias que han recaído sobre el particular. Basta con observar las cifras de los autos que ordenan y materializan las ejecuciones hipotecarias para notar cómo se agrava muy significativamente la deuda con la ejecución hipotecaria. Estas cifras de las resoluciones judiciales analizadas aún no reflejan las tasas judiciales que se incorporan con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y que pasarán a abultar, aún más, el coste de las ejecuciones. Si el deudor adolecía de una impotencia patrimonial para afrontar el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, tras la ejecución, se encontrará en una situación de completa insolvencia²⁶.

No toda la negligencia se debe centrar en el comportamiento del prestatario deudor que no puede satisfacer el interés de su acreedor. El prestamista es una entidad de crédito a la que le resulta exigible en sus relaciones profesionales de prestación de servicios financieros una diligencia más severa que la que le resulta exigible a un particular. A la entidad de crédito le resultará exigible una diligencia de un profesional (ordenado comerciante según la terminología obsoleta del Código de Comercio) frente a la diligencia de un hombre medio

²⁶ Para una mayor profundidad en el concepto de insolvencia y del «proceso de ejecución como cauce natural de la constatación de la insolvencia como perjuicio del crédito», vid. ORDUÑA MORENO, F. J., *La insolvencia*, Valencia, 1994, págs. 77 y sigs.

exigible a un particular (buen padre de familia según la terminología obsoleta del Código Civil). En la entidad de crédito, en algunos casos, podrá entenderse que ha existido negligencia por parte de las sociedades de tasación que trabajaban para ellas en la valoración de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria, a pesar de existir también normas que establecen los parámetros para estas valoraciones. En otros casos, podrá entenderse que ha existido cierta negligencia por parte de los departamentos de riesgos de las entidades de crédito que no han tomado en consideración de forma correcta las garantías ofrecidas, los indicadores de solvencia patrimonial y la capacidad de pago de los prestatarios para los que aprobaron la concesión del crédito.

Por lo tanto, se puede concluir que el MAAN de una persona que negocia está en función de los plazos de tiempo, de las demás alternativas que se pueden tener al acuerdo, de los recursos propios, de la información que se disponga, de la experiencia y del conocimiento en la materia.

Precisamente, para equilibrar la experiencia y conocimiento de la materia de las partes interviene el mediador. Otra función de vital importancia en la negociación y que se convertirá en parte del trabajo del mediador será la elaboración de un mapa de interés para cada caso concreto. Se trata de una guía que se debe comprobar y se modificará a lo largo del proceso negociador. El mapa de interés identifica a los participantes y a las demás personas que puedan tener algún tipo de relación más allá de las posiciones. No siempre este mapa de intereses resultará tan sencillo como establecer: 1) A la entidad de crédito le interesa recuperar el dinero prestado. 2) Al deudor hipotecario le interesa mantener la estabilidad de su hogar. En ocasiones aparecen intereses de terceros que también deben calibrarse: v.gr.: 1) Si se trata de una vivienda de protección pública puede que exista un límite en el precio que no se haya tenido en cuenta, a pesar de la normativa, para la tasación. También en estos casos, puede considerarse que la Administración puede conceder o no conceder la descalificación de la vivienda protegida o, incluso, podría ejercitar derechos de adquisición preferente²⁷. 2) Puede que, aparte del titular de la vivienda, deba tenerse en cuenta a la persona que tenga atribuido el uso de la misma en virtud de sentencia judicial de separación o divorcio (art. 96 IV CC) al ser un derecho garantizado cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda²⁸ (normalmente cuando la hipoteca no se ha constituido para financiar la adquisición de la misma sino que se ha constituido con posterioridad a la separación o divorcio)²⁹.

²⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Precio y renta en las viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia)*, 2.ª ed., Pamplona, 2001, págs. 60-64 y 121-123.

²⁸ Así lo ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia (sentencias de 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, entre otras).

²⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Madrid, 2001, págs. 203-205.

Resulta conveniente que los intereses se intuyan, adivinen, combinen teniendo en cuenta su nivel de relación y se valoren en orden de prioridades e importancia que se les da por parte de los negociadores. También es conveniente que el proceso de negociación tenga en cuenta el impacto no sólo en las partes, sino en terceros que pudiesen resultar afectados por los acuerdos.

V. LA POSIBILIDAD DE ACUERDOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO

1. LAS POSIBILIDADES DE ACUERDO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO Y EL PAPEL DEL TERCERO QUE ASISTE Y SUPERVISA LAS NEGOCIACIONES

En definitiva, queda abierta la posibilidad de llegar a soluciones alternativas a la ejecución por vía de la autocomposición. Tanto por vía de negociación como por vía de la denominada mediación hipotecaria. El problema de la negociación, en estos casos, es que probablemente ya se ha intentado sin éxito. El escaso éxito en estas primeras negociaciones suele deberse a la inexperiencia del deudor hipotecario que, siendo consumidor suele ser también adherente de las cláusulas predisuestas por el acreedor hipotecante. Además, es difícil la negociación cuando la situación otorga una gran ventaja a la entidad de crédito que tiene la mejor alternativa a un acuerdo negociado (MAAN). Por este motivo, se ha considerado oportuno el empleo de la mediación para dar solución a algunos de estos casos.

En caso de acudir a la mediación se tratará de una mediación especial, bastante diferente en sus métodos que la más conocida mediación familiar³⁰. En todo caso, hay que ser conscientes que la mediación en los casos de reclamaciones de deudas y, aún con mayor motivo en las reclamaciones de deudas hipotecarias, está muy limitada. En EE.UU. se ha comprobado que, dentro de la mediación civil, suele tener más éxito la mediación sobre daños que sobre contratos, aunque en materia de concurso de acreedores se ha logrado una ratio de hasta el 75 por 100 de acuerdos³¹. Debe advertirse que en este tipo

³⁰ Antes de comenzar la mediación en estos casos convendrá hacer una evaluación de las posibilidades reales pero, no cabe duda, de que es uno de los ámbitos de mayor actualidad y proyección para la mediación (BEST, A., «Mediar las quejas de los consumidores», en *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, coord.: K. GROVER DUFFY, James W. GROSCH y Paul V. OLCZAKPP, Barcelona, 1996, págs. 362-365).

³¹ Este porcentaje suena muy bien si no considerásemos que en ese país se puede considerar que en el 98 por 100 de los casos civiles no se acudirá a juicio, con independencia de que las partes acudan a mediación o no (WALL, J. A.; DUNNE, T. C., CHAN-SERAFIN, S., «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, Winter 2011, pág. 134 y sigs., WALL, J. A., DUNNE, T. C., «Media-

de mediación las técnicas a emplear para conseguir cierto éxito implica flexibilizar la estrategia de neutralidad que, no obstante, debe inspirar el proceso de mediación. La estrategia más efectiva en los procesos de mediación civiles suele ser la evaluativa y la de presión, obteniendo acuerdos aunque el índice de satisfacción sea menor que al usar la estrategia neutral.

La estrategia de presión se traduce en que el mediador sea directo y utilice procedimientos para reducir las aspiraciones y limitaciones de las partes, en cada caso, para mover a las partes de sus posiciones y conducirles hacia el acuerdo. Con esta técnica el mediador se convierte en «abogado del diablo» y puede ser directivo y persistente con una o con ambas partes. La estrategia evaluativa o analítica, en cambio, se traduce en enfocar el problema de forma asertiva, haciendo que las partes conozcan las fortalezas y debilidades de sus posiciones, preguntando, pidiendo opiniones, solicitando sugerencias de una parte hacia la otra y discutiéndolas.

En todo caso, si el objetivo es suspender ejecuciones traumáticas y ofrecer otras opciones se puede considerar eficaz, con independencia del grado de satisfacción que se logra alcanzar en las expectativas de las partes. Incluso, la estrategia evaluativa puede superar en éxito a la de presión cuando se aportan por el mediador las fortalezas y debilidades de cada posición, junto con los costes de las decisiones (nótese en las sentencias citadas al tratar el capítulo sobre «la alternativa judicial» el elevado coste de la propia ejecución, incluso en relación con el principal), además, se aportan elementos y técnicas que las partes pueden utilizar en futuras negociaciones (que no usaron en las precedentes)³².

La mediación hipotecaria sigue el modelo tradicional, lineal o de Harvard que sienta sus bases sobre las técnicas de negociación³³. En este sentido, el papel del mediador es lograr el mejor acuerdo para las partes partiendo de los puntos de acuerdo comunes por pequeños que sean. Estos puntos de acuerdo comunes sobre las que establecer las bases vienen determinados por el programa de prestaciones que se estableció inicialmente en la relación obligatoria que une a las partes. En consecuencia, se parte de unos estándares y principios de los que se parte en la negociación. El mediador tiene que aportar una nueva pers-

tion Research: A Current Review», en *Negotiation Journal*, April 2012, págs. 231-233; KAY, J., 2009, «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the best», en *ABA Journal* 95, págs. 14-17).

³² Un reciente estudio sobre estrategias en mediaciones civiles en EE.UU. establece esta ratio y ofrece, como resultados empíricos sobre casos reales, que mientras que en una mediación neutral los acuerdos alcanzados rondan el 28 por 100, la mediación evaluativa alcanza el 69 por 100 y la de presión se queda en un 57 por 100. WALL, J. A.; DUNNE, T. C., CHAN-SERAFIN, S., «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, Winter 2011, págs. 138-145.

³³ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir. por GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos, Madrid, 2012, págs. 255-260.

pectiva desde el punto de vista de un tercero que busca soluciones prácticas que satisfagan los intereses de las partes y que las haga salir de sus posiciones. Se pone de manifiesto por el mediador el acuerdo sobre lo principal y se muestra que la ejecución hipotecaria no es lo principal sino sólo un medio que garantiza, al menos en parte, los intereses sobre la cuestión principal. Los intereses coincidentes de las partes podrán alcanzarse por otros medios.

El mediador debe intentar acercar con delicadeza y cuidado los intereses de las partes de forma activa, mostrando que existen otras alternativas, para que se abandonen las posiciones (fundamentalmente la decisión de ejecución por parte del acreedor hipotecario) y se admitan otras formas de colmar esos intereses. Como uno de los principales escollos para la adopción de acuerdos el desequilibrio o situación asimétrica entre las partes, en algunos de esos casos se ha defendido la obligatoriedad para que el acreedor hipotecario asista a una mediación antes del lanzamiento o desahucio del deudor³⁴. Es evidente, que esta obligatoriedad de asistir a la mediación pero no de alcanzar un acuerdo se puede concebir como mero requisito de procedibilidad que resulta inútil sin voluntad real de acudir a mediación. Sin embargo, los buenos oficios de los mediadores finalmente acaban por tener como resultado soluciones útiles y eficaces en forma de «microacuerdos»³⁵. En todo caso, merece destacarse que, en estos casos, la mera solicitud de mediación, por una de las partes no podría servir para suspender el proceso ejecutivo puesto que se requiere la voluntad de ambas partes para conseguir este efecto (art. 19.4 LEC). El derecho de obligaciones se sustenta sobre la base de que el deudor debe realizar un comportamiento que satisfaga el interés del acreedor. El interés del acreedor evidentemente se traduce en el cumplimiento, íntegro, exacto y puntual de la obligación (requisitos del pago).

³⁴ Vid. *supra* nota 61. Dos han sido fundamentalmente los ámbitos donde se ha defendido la mediación obligatoria: las pequeñas reclamaciones de cantidad y los desahucios en tiempos de crisis. El primer ámbito es el referido a las pequeñas reclamaciones de cantidad que, incluso, contemplaba el Proyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil español. Puede obtenerse interesante información sobre esta experiencia en EE.UU. con la lectura del artículo de R. WISSLER, «The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts», en *Willamette Law Review*, vol. 33, pág. 565, 1997.

³⁵ Estas conclusiones son perfectamente asumibles y ya se encuentran reflejadas en un clásico y algo antiguo artículo de *la Harvard Law Review*: «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes Reviewed work(s)», vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104. En cualquier caso, hay que ser conscientes que ni siquiera en EE.UU., que siguen el modelo del Common Law en la función de fuente del derecho de la jurisprudencia, se considera correcto que sean los tribunales los que establezcan de oficio por su libre iniciativa esta mediación obligatoria y se atribuye esta función al legislador. Debe existir una Ley estatal que permita a jueces y tribunales hacerlo, aunque esta remisión sea genérica y no especifique cómo deben hacerlo jueces y tribunales, págs. 1096-97 (Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective): Source: *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104). «Mediation: A Current Review and Theory Development», J. A. WALL, Jr., JOHN B. STARK and RHETTA L. STANDIFER, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No. 3 (Jun. 2001), págs. 370-391.

No obstante, si esta satisfacción es imposible pueden negociarse alternativas para que el acreedor redefina su interés o resulte menos perjudicado. Podría describirse esta situación como un retorno desde la contratación seriada o con condiciones generales, en las que se reflejaron las condiciones de la financiación, a la negociación para la adopción de un plan de viabilidad en la amortización del préstamo hipotecario. En todo caso, uno de los principales factores que contribuirá al éxito de estas alternativas convencionales a la ejecución es la antelación en la búsqueda de estas soluciones. Evidentemente, existen muchas más opciones para los casos en los que no resulta inminente la ejecución.

Estas soluciones convencionales que tratan de completar e ir más allá de las medidas legislativas, antes expuestas, suelen canalizarse a través de lo que se han venido denominando servicios de mediación hipotecaria. Incluso, en ocasiones, estos servicios de mediación hipotecaria han puesto de manifiesto supuestos que encajaban perfectamente en los contemplados en el Código de Buenas Prácticas pero que había pasado desapercibido por la entidad o era desconocido por el deudor hipotecario. En otras ocasiones, se trata de un servicio que informa y asiste a los deudores hipotecarios a la hora de aportar la documentación acreditativa. La mediación hipotecaria es un servicio que nace con el objetivo de mediar —manteniendo siempre una postura neutral— entre las entidades bancarias y quienes no pueden hacer frente al pago de las hipotecas suscritas con ellas, intentando buscar alternativas a los desahucios de vivienda. Tratan de ayudar al dueño de la vivienda y al prestamista a llegar a un acuerdo negociado, justo y voluntario que permita asumirse como mejor solución para ambas partes.

Hay que ser conscientes del ya descrito desequilibrio de poder entre las partes, por lo que una negociación clásica, que suele intentarse espontáneamente por el deudor al comenzar sus dificultades económicas, no suele prosperar. Por este motivo, se busca la colaboración de una Administración o Institución Pública en el marco de la cual se realiza una mediación para que las partes alcancen un acuerdo. Actualmente, este tipo de servicios que se van implantando en las distintas comunidades, están impulsados o sufragados por las distintas autoridades locales, provinciales y autonómicas. No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las actividades de estos denominados servicios de mediación hipotecaria son propiamente de mediación, en sentido técnico. Lo que ocurre es que la moda de la mediación está provocando una metonimia que implica que cualquier actividad que se desarrolle para solucionar un problema se tilda vulgarmente de mediación. Realmente, estos servicios se encargan de gestionar un grave conflicto ofreciendo distintos remedios.

En primer lugar, hay que considerar que quienes acuden a estos servicios son siempre los prestatarios en busca de ayuda. Desde estos servicios se suele comenzar con una actividad básica que es la de asesorar (además de educar) a la parte deudora en relación a las cuestiones económicas y fiscales. Asimismo,

este asesoramiento contribuye a aumentar el poder a esta parte, la más débil, respecto a la parte prestadora, luego se fomenta la igualdad, que por otra parte, es bastante difícil. El asesoramiento implica comprobar si el supuesto descrito cumple con los criterios establecidos ya por el Decreto. En estos casos, si el prestamista es una entidad de crédito que se encuentra adherida, no debería existir problema para negociar la solución que establece este Decreto-ley.

Un asesor informa de las posibilidades y aconseja lo que cree mejor. Un mediador intenta lograr un acuerdo de voluntades, aunque piense que podría haber sido mejor. Por este motivo, sería conveniente que si con posterioridad se va a realizar una mediación para ayudar a prestamista y prestatario a alcanzar un acuerdo, no sea el mismo asesor o consultor el que realice las tareas de mediador. En todo caso, el servicio de mediación, tras el asesoramiento inicial al prestatario, intentará facilitar en un primer momento «la negociación» de las condiciones habidas y futuras.

El fin de la mediación no es otro que acercar las posiciones del acreedor y deudor hipotecarios para, ante las dificultades que tiene el deudor en crisis para pagar, poder llegar a un nuevo acuerdo de reestructuración de la deuda que le permita a este seguir con su pago sin descuidar el resto de necesidades de subsistencia que tenga.

Ciertamente, existen muchos modelos posibles de mediación y siempre se ha mantenido que no es necesario que el mediador se circunscriba o limite a un estilo o modelo concreto o determinado³⁶. No obstante, el proceso de mediación, en el ámbito que nos ocupa, se fundamenta en la negociación colaborativa de la Escuela de Negocios de Harvard. El mediador utiliza los elementos propios de la negociación colaborativa para conducir a las partes en la gestión de la situación en la que se encuentran³⁷.

2. LOS CONTENIDOS DE LOS POSIBLES ACUERDOS ALCANZADOS ENTRE ACREE-DOR Y DEUDOR HIPOTECARIO

En los casos de ejecuciones hipotecarias en los que se centra este trabajo el margen de negociación resulta muy limitado por la escasa solvencia o viabilidad de recuperación del deudor hipotecario. En esta posición, la negociación se prevé difícil para la mayoría de los casos, donde el hipotecado llega al límite de su posición económica, o bien le ha superado, para hacer frente a las deudas,

³⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir. por GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos, Editorial Reus, Madrid, 2012, págs. 255-260.

³⁷ Con más detalle, SOLETO, H., *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid, 2011, pág. 157 y sigs.

¿qué se puede negociar desde el punto de vista de un deudor al que ya no le importa perder más, puesto que lo ha perdido todo? Ante estos casos, ya se han expuesto las medidas legislativas introducidas. En el propio Código de Buenas Prácticas se contempla, de manera escalonada o sucesiva, las medidas previas a la ejecución que consisten en reestructuración y reunificación de las deudas, las medidas complementarias que se traducen en quitas en el capital pendiente de amortización y, en último término, las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria, es decir, la dación en pago. El contenido de los posibles acuerdos pueden venir orientados a seguir las pautas indicadas por este Código para supuestos que no cumplan o reúnan los requisitos o presupuestos establecidos en el Código o que mejoren las medidas o soluciones ofrecidas en el mismo.

También tendría sentido que se lograsen acuerdos de moratorias en función de las posibilidades de recuperar la capacidad económica en un momento posterior. Incluso, para aquellos caos en los que la situación no resulte tan grave o acuciante se podría explorar la posibilidad de aceptar nuevas garantías o ampliar el crédito hipotecario. En este sentido pueden explorarse diversas opciones en función de cada caso concreto.

3. LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA INSTITUCIONAL. REDES DE OFICINAS DE MEDIACIÓN HIPOTECARIA

Como se ha tenido ocasión de observar, las relaciones hipotecarias son relaciones jurídico privadas en las que las posibles ingerencias de los poderes públicos tan sólo adquieren sentido con motivos de orden público económico³⁸. Dentro de este concepto de orden público económico puede entenderse que la protección de la parte más débil de la relación jurídico económica justifica la intervención. Sin embargo, siendo cierta la diferencia de poder entre las partes, la relación hipotecaria aparenta ser mucho más desequilibrada de lo que realmente es. Si se profundiza en el análisis de los intereses puede resultar llamativo que el conflicto, más que de intereses, resulta ser un conflicto de información³⁹. Por este motivo, es evidente que el marco en el que se desarrollan las experiencias de mediación hipotecaria existentes hasta ahora son institucionales (Ayuntamientos, Diputaciones, Gobiernos autonómicos y colegios profesionales). Sin embargo, el hecho de que se propicie o facilite esta mediación desde las instituciones públicas o incluso se pongan los medios adecuados para su desarrollo no implica que exista

³⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, 2002, pág. 45.

³⁹ Incluso, en aquellos casos en los que se encargan los Colegios de Abogados de asumir esta función, los mediadores asignados no asumen el papel de abogados sino que informan y supervisan la negociación.

una intervención directa de estos poderes públicos que introduzcan un carácter heterónomo a la mediación. Debe mantenerse que esa organización o racionalización institucionalizada de las negociaciones entre acreedor y deudor hipotecarios no le hace perder la naturaleza de sistema autocompositivo consustancial a toda mediación sino que tan sólo supone una especialidad derivada de la complejidad de las circunstancias⁴⁰.

En el plano de las posiciones iniciales puede verse a un banco que inflexiblemente mantiene la posición de que si el deudor hipotecario no paga la cuota de amortización convenida en plazo, ejecuta la hipoteca. De otro lado, se puede observar a un deudor hipotecario que, víctima de la crisis, no puede afrontar los pagos y se intenta atrincherar en su vivienda. Pero en el plano más profundo de los intereses juegan muchos factores que equilibran las fuerzas y abren la puerta a la mediación. Así, el banco debe valorar diversas cuestiones: imagen pública, competencia de mercado, efectos contables de las ejecuciones hipotecarias insuficientes, estado cataleptico del mercado inmobiliario, presión de grupos ciudadanos ante los poderes públicos para que limiten los desahucios, etc. En este sentido pueden enumerarse sucintamente algunos de estos factores a considerar en la mediación hipotecaria:

- En un mercado que se rige por el sistema de libre competencia, el cliente que se recupera o supera su situación económica o el futuro cliente hipotecario valorarán la reacción de cada banco ante puntuales problemas de liquidez (que la mayoría temerá sufrir en la larga vida de una hipoteca). Se juegan por tanto futuras cuotas de mercado hipotecario que es donde los ciudadanos españoles invierten el grueso de sus ingresos.
- Las reacciones del banco afectarán también a la captación de depósitos: con la escasa diferencia entre las ofertas de los distintos bancos que permite la legislación actual, es de suponer que un factor competitivo que supera la guerra de precios es el de la imagen más o menos humana o personal de un banco. Es comprensible que éste sea un factor de calidad importante en la política de atención al cliente de la entidad de crédito que puede resultar determinante en la toma de decisiones de los depositantes, con independencia de la obligación legal que tienen de responder ante las reclamaciones⁴¹.

⁴⁰ La complejidad viene determinada, aparte de por la situación económica, por las normas jurídicas de carácter tuitivo que enmarcan la relación hipotecaria y que se ha tenido ocasión de analizar con detalle (vid. *supra* Capítulo «Alternativa legal»). Sobre todo, es necesario conocer bien el margen que la Ley deja a la disposición de las partes y las facultades ofrecidas en el Código de Buenas Prácticas a las que pueden acogerse.

⁴¹ Las entidades tienen obligación de atender y resolver las quejas y reclamaciones presentadas por sus clientes en un plazo de dos meses. Sólo pueden negarse a admitirlas a trámite en los siguientes casos: Cuando falten datos esenciales (por ejemplo, cuando no se diga el motivo). Cuando se trate de asuntos que sean competencia de órganos arbitrales, administra-

- Las ejecuciones hipotecarias exigen a los bancos hacer provisiones contables en las cuentas. Por ello, a menudo prefieren, jugando a la contabilidad creativa que tantos problemas ha causado, mantener vivas hipotecas en estado de crisis con la esperanza de una futura recuperación. Les es más interesante conceder moratorias de pago a quienes consideran capaces de una recuperación económica que ejecutar sus hipotecas: así, si se recuperan, cobran lo previsto más intereses y reducen las tasas de morosidad⁴². En el peor de los casos, aunque no se recuperaran los

tivos o judiciales. Cuando la queja o reclamación no se refiera a operaciones concretas, o no tenga que ver con los intereses y derechos de los clientes legalmente reconocidos. Cuando se formulen quejas o reclamaciones ya presentadas por el cliente y resueltas anteriormente. Cuando haya transcurrido el plazo para la presentación de quejas y reclamaciones previsto en el reglamento de funcionamiento del servicio de atención, que debe estar a disposición de los clientes en todas las oficinas y en su página de Internet. Si la entidad considera que la queja o reclamación presentada no es admisible a trámite, debe comunicarlo al interesado, que tendrá un plazo de diez días para presentar alegaciones. Además, muchas entidades han incluido la figura del defensor del cliente como otro recurso más. En todo caso, el Banco de España es la institución a la que finalmente pueden acudir los usuarios de servicios financieros para presentar sus reclamaciones (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, de protección de los derechos del usuario de servicios financieros ECO/734/2004 y Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores) (vid. nota 1).

⁴² Para entender la cuenta de resultados de una entidad de banca comercial basta con poner un ejemplo sencillo y frecuente. Para que quede totalmente fuera de los supuestos contemplados en el Código de Buenas Prácticas y se aprecie toda la virtualidad práctica de la plena autonomía de la voluntad y los intereses puramente económicos en la negociación, se considerará que la vivienda ejecutada no es la habitual del deudor:

Para un préstamo hipotecario con saldo vivo de 100.000 euros que ha incurrido en mora después de doce meses hay que dotar 100.000 euros de provisión. Si, finalmente, se procede a la ejecución hipotecaria y se acude a subasta pública, la provisión mínima se eleva como mínimo a la que tuviera constituido su préstamo originario. Si la subasta es declarada desierta por falta de postores, la entidad se adjudica el inmueble por el 50 por 100 del valor por el que el inmueble hubiese salido a subasta si no es vivienda habitual del deudor (para el caso de ser vivienda habitual del deudor el importe de la adjudicación sería igual al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o el 60 por 100 si la deuda viva resultase menor —art. 671 LEC—), pongamos 40.000 euros, si no es menos el precio de salida. A este importe hay que descontarle, además, los gastos del proceso que pueden significar como mínimo unos 5.000 euros (las costas pueden ser muy variables en función de los intereses devengados, puesto que se fijan en función de la cuantía total). Finalmente, la entidad recupera 35.000 euros de las provisiones y pasa a fallidos 65.000 euros. Pero, además, se establece que, en función de la antigüedad de permanencia del activo en el balance de la entidad, se dotará en función de un calendario por años: 10 por 100 el primer año y hasta el 40 por 100 el cuarto año.

En cambio, rescatar el mismo préstamo en mora, de saldo 100.000, a través de una refinanciación, mejorando capacidad de pago o garantías (mejora de ingresos, aportación de nuevos intervinientes a la operación, nuevas garantías, etc...) se contabiliza como ingresos a cuenta de pago por 100.000 euros. La reestructuración o quita de una operación afecta exclusivamente a su clasificación contable y, por ende, a su necesidad de provisión, que se efectuará de acuerdo con las reglas generales (Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre

deudores hipotecarios demoran la declaración de pérdidas y retrasan la salida de las viviendas a un mercado inmobiliario en estado de crisis, ante la expectativa de que mejore en los próximos años.

- También existe la opción para el banco, de hecho algunos lo están llevando a cabo conjuntamente con la Administración, de ofrecer la vivienda en régimen de arrendamiento al deudor hipotecario que lo desee, incluso más allá de los supuestos previstos en el Código de Buenas Prácticas⁴³. Esta posibilidad debe ponerse en relación con la posibilidad general de que el acreedor solicite al juez que le confiera la administración provisional o posesión interina de la finca (art. 690 1 I LEC). No cabe duda de que, más allá de la concurrencia de los presupuestos y condiciones previstos en el Código de Buenas Prácticas, el acreedor pueda hacer uso de esta facultad de administración provisional para obtener rendimientos del inmueble que imputará tal y como establece el precepto a cubrir con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito. No cabe duda de que esta administración interina incluye la facultad de arrendar la vivienda al deudor o a un tercero y respecto a la forma de administración debe atenderse a lo pactado entre ejecutante y ejecutado. Los límites serían los que impone el propio artículo 690 LEC en cuanto al destino o imputación de las rentas, la duración del contrato que no iría más allá de los dos años y la rendición de cuentas⁴⁴. Además, en muchos casos, las entidades de crédito, aún habiéndose adjudicado la titularidad de la vivienda hipotecada, permiten al propietario ejecutado que siga viviendo en la misma como arrendatario con rentas bajas. Para la entidad de crédito ejecutante siempre es mejor esta opción que no recibir nada por un inmueble que le genera gastos comunes fiscales y de mantenimiento. Tampoco es una buena opción malvender los inmuebles a algún fondo y tener que afrontar el que comiencen a aflorar las pérdidas.
- Los bancos cuentan con departamentos de análisis de riesgos, es de suponer que prefieran moderar sus posturas para evitar que se incremente la protesta social, cada vez más organizada, contra los desahucios. Si la

normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, vid. *supra* nota 6). En estos términos económicos entran diversas posibilidades de reducción o quita, dentro de los márgenes de tolerancia contable en los que el consabido resultado de la ejecución hipotecaria pueda ser considerada la peor alternativa a un acuerdo negociado.

⁴³ Vid. *supra* epígrafe: Código de Buenas Prácticas.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3487. RIVAS TORRALVA, R. A., «Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados», en *La ejecución civil. Estudios de Derecho Judicial*, 53, págs. 1044-1047. MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* (art. 131 LH), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 166. REDONDO GARCÍA, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Madrid-Barcelona, 202, pág. 164.

protesta se mantiene o se recrudece, las autoridades, también presionadas por resoluciones de instituciones europeas menos consentidoras de posturas de abuso que nuestras instituciones nacionales, tendrán la tentación de legislar en defensa de los consumidores, en este caso hipotecarios, y eso afectaría a futuras posturas de los bancos y a sus cuentas de resultados. Por ello pueden llegar a la conclusión de que aflojar las exigencias ahora les permita mantener una situación favorable en el futuro.

Por todo esto, si se consolida una red de agencias de mediación hipotecaria y se coordinan actuaciones de las mismas, si la Unión Europea sigue enviando mensajes de aviso contra determinadas prácticas bancarias abusivas en el mercado hipotecario, y si persiste una notable presión social sobre las autoridades para aumentar las garantías de los deudores hipotecarios, presión en el sentido de lo recomendado en el preámbulo de la Ley Orgánica de Derecho de Asociación (influencia indirecta de los ciudadanos en la toma de decisiones), los bancos pueden entender que les resulta más interesante llegar a determinados acuerdos que dedicarse a lanzar acreedores hipotecarios a la calle. Y en este caso se estarían abriendo las puertas a la mediación en igualdad de condiciones.

VI. CONCLUSIONES

I. Se ha realizado en el presente trabajo un análisis de las demandas sociales que necesitan ser resueltas por el legislador ante la actual coyuntura de crisis económica y su especial incidencia sobre el sector inmobiliario. Debe observarse que otros países, con ordenamientos jurídicos de impronta más liberal que el nuestro como EE.UU., han adoptado medidas excepcionales para afrontar los graves problemas de endeudamiento familiar en periodos de recesión. Un país tan alejado del paternalismo o del carácter social de las políticas legislativas ha sabido establecer nuevas reglas para evitar las graves consecuencias de los concursos de acreedores de los patrimonios familiares. Más concretamente, se han ido adoptando medidas legislativas para evitar las ejecuciones hipotecarias de vivienda familiar que pudiera provocar un fuerte aumento de personas sin techo que agrava el problema de la pobreza en la sociedad.

II. Las tres vías a través de las cuales se han tratado de ofrecer soluciones alternativas a la ejecución hipotecaria son la legislativa, la judicial y la convencional. El orden lógico y secuencial indica que la primera de las vías alternativas a explorar debiera ser la convencional en un conflicto entre sujetos privados. Sólo cuando la negociación o la mediación no son posibles o resultan insuficientes debiera acudir a la vía legislativa. En el caso que se analiza resulta evidente que el desequilibrio de poder de las partes cuando se trata de entidades de crédito frente a usuarios de servicios financieros ha hecho necesaria la intervención del

legislador. El problema, sin embargo, no ha sido resuelto satisfactoriamente por las deficiencias de las soluciones ideadas por el legislador que han provocado que jueces y tribunales se hayan visto en la obligación de emplear su experiencia en administrar la justicia del caso y cubrir las lagunas normativas.

III. Las soluciones convencionales en estos casos tienen poco margen para la creatividad u originalidad en las propuestas de solución. De hecho, lo que se ha tratado de obtener mediante la negociación o mediación ha sido con posterioridad reflejado por el legislador aunque se ha limitado tanto el ámbito de aplicación de algunas medidas contempladas que aún sigue siendo necesaria esta vía convencional para extender el ámbito de aplicación de algunas de esas medidas más allá del estricto supuesto de hecho recogido en la Ley.

IV. Ante las expresadas insuficiencias legislativas, la presión pública y la propia conciencia social de los jueces se han venido sucediendo soluciones de justicia material en las resoluciones judiciales que han creado una cierta inseguridad y disparidad de criterios. Ante esta tesitura, la fórmula de solución de los problemas generados por las ejecuciones hipotecarias que viene ofrecida por la vía convencional no deja de ser un recurso viable que ahorra costes y sorpresas. Tanto la negociación como la mediación hipotecarias están siendo uno de los recursos a los que más se está acudiendo para la búsqueda de salidas viables a estas situaciones difíciles.

V. Las alternativas convencionales, se articulan bien a través de las posibilidades que otorga el marco establecido en el Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria por las entidades de crédito, o bien en el contexto más amplio que ofrece la autonomía de la voluntad. En este último caso, ha de acudirse a procesos de mediación y de negociación que tienen en común su carácter flexible, rápido y económico. Ambos medios utilizados en situaciones concretas, puedan dar satisfacción, siquiera sea parcial, a las partes contratantes. Es cierto que las posibilidades de éxito de la vía convencional, fuera de los parámetros ofrecidos por el Código de Buenas Prácticas, dependerá de las circunstancias concretas que concurren en cada una de las situaciones analizadas. Sin embargo, merece la pena explorar esta vía como se ha tratado de hacer en el presente trabajo. Incluso, podría seguirse el esquema propuesto por el Código de Buenas Prácticas para proponer soluciones más allá de que los casos encajen en los supuestos de hecho establecidos en dicho Código. Siempre es posible proponer, más allá del Código de Buenas Prácticas, hasta donde se considere que puede existir solución viable, medidas para la reestructuración de la deuda, medidas complementarias como quitas o reducciones y, finalmente, medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria como la dación en pago. No debe perderse de vista que los intereses de las partes son, aparente y originariamente, contrapuestos —cobrar y pagar—, lo que obliga a acudir en ocasiones a soluciones de compromiso que satisfagan en la mayor medida posible, los dos ámbitos de interés, lo que por otra parte no es sino una manifestación más del mundo de los contratos, con la

salvedad de estar implicadas, en buena parte de las medidas a que aludiremos, las viviendas de los contratantes, sean o no consumidores. También resulta cierto que en interés común y final de ambas partes es que se lleve a buen término y sin incidencias el programa obligacional. En el logro de ese interés entra el buscar alternativas para evitar la ejecución hipotecaria.

VI. Analizando las experiencias de negociación y mediación hipotecarias ya en marcha, que se están extendiendo por toda España, puede observarse numerosos casos de éxito. Hay que destacar que, en todos los casos, existe un respaldo institucional que puede surgir de corporaciones de derecho público como los colegios de abogados, entidades locales, provinciales o autonómicas. También, en todos los casos, estas oficinas de mediación hipotecaria tratan cada caso de manera personal e individualizada, analizando cada una de las opciones en función de la gravedad que revista cada caso concreto. Es decir, aunque la problemática es común, se huye de las soluciones estandarizadas y se acude a las técnicas de mediación que trata de atender a los intereses y necesidades de cada caso concreto.

VII. Puede concluirse que de la suma de esfuerzos y del análisis de todas las posibilidades ofrecidas por las fórmulas analizadas de solución, se pueden atisbar los elementos necesarios para paliar, aunque sea puntualmente, el grave problema que se ha presentado. Es evidente que sin un esfuerzo institucional serio y reflexivo de medidas de choque para atajar el problema de las ejecuciones hipotecarias de las familias en esta situación de crisis se podría acabar por arrastrar a numerosos sectores de la población a los umbrales de la pobreza. En todo caso, debiera ser el legislador el que estableciese clara y certeramente el marco en el que atender los intereses más dignos de protección sobre las premisas de la realidad social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BUÑÉN, M. J. (2010): «La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales», en *Diario La Ley*, núm. 7379.
- BEST, A. (1996): «Mediar las quejas de los consumidores», en *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, coord.: K. GROVER DUFFY, James W. GROSCH y Paul V. OLCZAKPP, Barcelona, págs. 362-365.
- DALLA BERNARDINA DE PINHO, H., PEDROSA PAUMGARTEN, M.: «Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation», [consultado el 11/12/12 en www.adrmaremma.it/english/pinhopaumgartenen01.pdf], págs. 23-27].
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, edit. Lex Nova, Valladolid (pág. 3487).
- GERENCSE, A. E. (2000): «Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would Help», en *Alternatives*, vol. 18, núm. 4, pág. 82.
- KAY, J. (2009): «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the best», en *ABA Journal* 95 (págs. 14-17).

- MARTÍN AMAYA, J. L. (2012): *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español*, Sevilla (págs. 108-112).
- MONSERRAT VALERO, A. (1998): *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* (art. 131 LH), Ed. Aranzadi, Pamplona (pág. 166).
- ORDUÑA MORENO, F. J. (1994): *La insolvencia*, Valencia (págs. 77 y sigs.).
- PEREÑA VICENTE, M. (2008): «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, Tomo 2, LA LEY 39103/2008, pág. 1725.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001): *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia*, Madrid (págs. 203-205).
- REDONDO GARCÍA, F. (2002): *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*, Madrid-Barcelona (pág. 164).
- RIVAS TORRALVA, R. A.: «Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados», en *La ejecución civil. Estudios de Derecho Judicial*, 53, págs. 1044-1047.
- SOLETO, H. (2011): *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid, pág. 157 y sigs.
- SUSSKIND, L. E.; BABBITT, E. E. and SEGAL, P. N. (1993): «When ADR Becomes the Law: A Review of Federal Practice», en *Negotiation Journal*, 9 (págs. 59-75).
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003, pág. 218.
- (2001): *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia)*, 2.^a ed., Pamplona (págs. 60-64 y 121-123).
 - (2002): *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia (pág. 45).
 - (2010): «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo I. Mediación*, dir.: GARCÍA VILLALUENGA, TOMILLO URBINA y VÁZQUEZ DE CASTRO, Madrid (pág. 203 y sigs.).
 - (2011): «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 27, pág. 28.
 - (2012): «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir. por GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos, Madrid, págs. 255-260.
- WALL, J. A., DUNNE, T. C. (2012): «Mediation Research: A Current Review», en *Negotiation Journal*, págs. 231-233.
- WALL, J. A.; DUNNE, T. C., CHAN-SERAFIN, S. (2011): «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, pág. 134 y sigs.
- WALL J. A. Jr., JOHN B. STARK and RHETTA L. STANDIFER (Jun. 2001): «Mediation: A Current Review and Theory Development», en *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No. 3, págs. 370-391.
- WISSLER, R. (1997): «The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts», en *Willamette Law Review*, Vol. 33, pág. 565.
- *Law Review* (1990): «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes Reviewed work(s): Vol. 103, No. 5, págs. 1086-1104.

RESUMEN

**HIPOTECA, EJECUCIÓN,
NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN,
SERVICIOS FINANCIEROS,
CONSUMIDORES Y USUARIOS**

Los instrumentos que se han introducido en diversos países para paliar los efectos de la crisis antes de acudir a las ejecuciones patrimoniales pivotan sobre la vía convencional (negociación y mediación) como sistema de solución extrajudicial de conflictos. Sólo cuando la negociación o la mediación no son posibles o resultan insuficientes debiera acudir a la vía judicial. En el caso de las ejecuciones hipotecarias, resulta evidente que el desequilibrio de poder de las partes cuando se trata de entidades de crédito frente a usuarios de servicios financieros ha hecho necesaria la intervención del legislador. El problema, sin embargo, no ha sido resuelto satisfactoriamente por las deficiencias de las soluciones ideadas por el legislador que han provocado que jueces y tribunales se hayan visto en la obligación de emplear su experiencia en administrar la justicia del caso y cubrir algunas lagunas normativas. Incluso, esta vía convencional puede ir más allá de las medidas introducidas por el Código de Buenas Prácticas, reflejado por el legislador con un limitado y estricto ámbito de aplicación.

ABSTRACT

**MORTGAGE, FORECLOSURE
PROCEEDING, NEGOTIATION,
MEDIATION, FINANCIAL SERVICES,
CONSUMERS**

Instruments used in several countries in order to solution the effects of economic crisis instead of excuting mortgages, are based on contractual methods (negotiation and mediation) which supply ADR. Only when negotiation or mediation are not efficient, it becomes necessary to litigate. When we face mortgages, it is evident that the parties have very different power, as we find financial companies confronting consumers, and the legislator has had to act. However, the problem has not been successfully solved; because of the the defects of law solutions, judges have had to fill some lacks of the law. This negotiated methods can achieve more results than the Code of Good Practices, which the legislator has contemplated restrictly.

*(Trabajo recibido el 3-8-2013 y aceptado
para su publicación el 7-10-23013)*