

¿Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?

Federico ADAN DOMENECH

Profesor Derecho Procesal URV

Diario La Ley, Nº 8631, Sección Documento on-line, 23 de Octubre de 2015, Editorial LA LEY

LA LEY 6547/2015

La crisis económica que ha atravesado España ha tenido como una de sus consecuencias, el replanteamiento de las contrataciones bancarias. La reforma de las prácticas existentes hasta la actualidad ha repercutido en el ámbito procesal de las ejecuciones hipotecarias. Las diferentes cámaras parlamentarias han dictado normas que intentan proteger al deudor y equilibrar su posición frente al acreedor. El Parlament de Catalunya no constituye una excepción a esta realidad y dicta normas que desvirtúan la tramitación de la actual ejecución hipotecaria, creándose una ejecución hipotecaria especial respecto de los procesos incoados en partidos judiciales de Cataluña.

Normativa comentada

L 24/2015 de 29 Jul. CA Cataluña (medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética)

I.

INTRODUCCIÓN

La crisis que ha vivido España los últimos años ha hecho tambalear las prácticas económicas efectuadas hasta entonces. Pero, dentro de ellas, las contrataciones bancarias son las que han sufrido un cambio más radical. Los interrogantes respecto de la validez de las cláusulas suelo, la ética en la instauración de las cláusulas abusivas, el desequilibrio existente en un proceso hipotecario entre acreedor y deudor, y, en especial, las recomendaciones del TSJUE, contenidas en la sentencia de 14 de marzo de 2013, son las causantes, entre otras, de la ruptura con el sistema vigente hasta el momento.

Esta quiebra se ha intentado reconducir con una política legislativa que no sólo afecta al ámbito sustantivo de las relaciones bancarias sino también a su dimensión procesal. Política legislativa de la que no ha sido el único protagonista el Congreso de los Diputados sino que el Parlament de Cataluña también se ha convertido en un órgano activo, dictando normas que afectan la tramitación ordinaria de las ejecuciones hipotecarias, y que nos inducen a preguntar si existe en Cataluña una ejecución hipotecaria especial.

Esta pregunta no resulta baladí, como lo demuestra el hecho de que el gobierno español haya impugnado ante el Tribunal Constitucional preceptos del Código de Consumo y la Ley 20/2014

del 29 de diciembre. Impugnación que ha sido admitida a trámite por el Alto Tribunal. Dada la entidad de estas modificaciones, a continuación, procedemos a realizar un examen de las mismas.

II.

PUNTO DE PARTIDA: ALCANCE DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DEL PARLAMENT DE CATALUÑA

1.

El ámbito del consumo como competencia de la Generalitat de Catalunya

Tanto el Código de Consumo de Catalunya como la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, consideran a la persona que contrata con una entidad bancaria como consumidor y, en consecuencia, las deudas derivadas del pago de las obligaciones contraídas por la formalización de un préstamo hipotecario como deudas derivadas de una relación de consumo. La legislación en materia de consumo no constituye una de las materias enunciadas como de competencia exclusiva del Estado en el art. 149.1 CE. Es por ello, que Catalunya puede asumir como exclusiva y propia la materia de consumo, siempre que se regule vía Estatuto de Autonomía.

A nivel estatal, no existe ninguna norma que imponga la obligación de la mediación en el ámbito del consumo. Asimismo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye de su aplicación, expresamente, en el art. 2.2 letra d) a la mediación en materia de consumo.

Por su parte, a nivel autonómico, el Estatuto de Autonomía de Catalunya, de acuerdo con la autorización del tercer apartado del precepto 149 CE, se atribuye en su art. 123, la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye en todo caso: a) La defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios, proclamados por el art. 28, y el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación; b) La regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en los procedimientos y asuntos que les afecten; c) La regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo; d) La formación y la educación en el consumo, y e) La regulación de la información en materia de consumidores y usuarios.

De esta forma, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, que adiciona al Código de consumo el art. 132-4, instaurando la mediación en las ejecuciones hipotecarias, no hace más que convertir en una realidad, la previsión contenida en el art. 123 letra c) del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que faculta al Parlamento catalán a regular los procedimientos de mediación en materia de consumo.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión de que es perfectamente ajustado a la legalidad vigente que se regule a nivel autonómico la mediación de consumo en materia de ejecución hipotecaria.

2.

Instauración de presupuestos de procedimentalitat

El segundo de los interrogantes que se plantearía respecto de la instauración de la exigencia de

la mediación o del cumplimiento de trámites previos a la interposición de la demanda hipotecaria, como es el ofrecimiento de un alquiler social al deudor, derivaría de la consecuencia de que su práctica se convertiría en un requisito de admisibilidad procedimental. Nos encontramos en un supuesto similar al anterior, que se concretaría en determinar si una Comunidad Autónoma ostenta potestad para regular un requisito que condicione la utilización de un determinado procedimiento judicial.

Analizando de nuevo el art. 149 CE, el mismo cataloga de competencia exclusiva del Estado en su ordinal 6 la Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derive de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Partiendo de la literalidad de este precepto, pueden establecerse dos teorías diferenciadas.

La primera de ellas, sostendría que la regulación del cumplimiento de requisitos previos a la presentación de la demanda hipotecaria, debe ser englobada como un aspecto de la legislación procesal, por afectar a la incoación de un juicio, pues, en definitiva, se erigen como elementos externos que condicionan la instauración de una vía procesal y la posible tutela judicial efectiva de las entidades acreedoras. Según esta teoría, se estaría invadiendo, por parte de la Comunidad Autónoma, competencias propias de la legislación procesal para regular en un texto normativo ajeno, un elemento que, en todo caso, debería estar regulado en la interinidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, la instauración de requisitos previos debería legislarse a nivel estatal, por ser las leyes procesales aplicables, de forma homogénea, a todo el territorio.

En contrapartida, una segunda teoría abogaría por defender que la regulación de determinados requisitos previos no debería ser configurada como una reforma de la legislación procesal, pudiendo, en consecuencia, regularse a nivel autonómico. Línea de argumentación que puede justificarse en los siguientes motivos:

En primer lugar, la instauración de la mediación en materia de consumidores o el cumplimiento de trámites previos, como el ofrecimiento de un alquiler social, son de carácter extraprocesal por ser una institución o medidas ajenas al procedimiento de ejecución hipotecaria al no establecerse como una fase más de su tramitación, diferente sería que se pretendiese que las mismas se efectuasen una vez incoada la ejecución. En segundo lugar, la instauración de la mediación y el ofrecimiento de un alquiler social, se efectúa en un Decreto y una Ley independiente a las leyes procedimentales, en este caso a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por ende, no se modifica la legislación procesal que es la atribución que se efectúa al Estado como materia exclusiva. Finalmente, partiendo del hecho de que el derecho al consumo no es una disciplina jurídica propia, pues, en definitiva, el mismo constituye una materialización o instrumentalización de los contratos civiles o mercantiles, podría defenderse una postura encaminada a reconocer las especialidades propias del derecho de consumo autonómico. Si bien es cierto que el art. 149 CE atribuye en sus ordinales 6 y 8 como competencia exclusiva del Estado, la legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, y legislación civil respectivamente, tal regla general decae ante las especialidades y particularidades del derecho sustantivo propio de las Comunidades Autónomas. De esta forma, si se permite a las comunidades autónomas legislar sobre su derecho civil propio, y el derecho al consumo no es más que una instrumentalización del mismo, también debería autorizarse a legislar sobre el mismo.

3.

El respeto a la tutela judicial efectiva

De exigirse tanto la mediación como la necesidad de ofrecer un alquiler social con carácter previo a la incoación de la ejecución hipotecaria, se podría plantar el interrogante de si su

exigencia supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, por establecer límites de acceso a los Tribunales.

La respuesta a tal cuestión debe ser rotunda, en el sentido de afirmar que no existiría vulneración alguna del derecho de acceso a los Tribunales. La reclamación de las obligaciones derivadas de un préstamo hipotecario presenta hasta cinco posibles alternativas, una de carácter extrajudicial y las restantes judiciales, pudiéndose reclamar a través de la venta extrajudicial, de un proceso declarativo ordinario, de la ejecución ordinaria, de la ejecución hipotecaria e, incluso, a través de un proceso monitorio.

La ejecución hipotecaria se configura como una modalidad especial del proceso ejecutivo, y, por tanto, condicionada su utilización a la concurrencia de una serie de requisitos, algunos regulados en Leyes sustantivas y otros en la propia Ley procesal, siendo, en consecuencia, la realización de la mediación y el ofrecimiento del alquiler social, de exigirse con carácter obligatorio, unos requisitos más de una vía procesal especial.

La falta de cumplimiento de alguno de estos presupuestos no imposibilita al acreedor acudir a la vía judicial, sino que solamente le resultaría vetada la ejecución hipotecaria, que como vía especial se encuentra condicionada a la concurrencia de unos extremos concretos.

III.

ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPACIAL EN CATALUÑA

1.

La instauración de la mediación

La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, reglamenta la instauración de una serie de medidas de protección del deudor hipotecario, en especial, respecto a la claridad de las obligaciones contractuales. Estas medidas de protección finalizan con la creación *de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo con la finalidad de que lleguen a ser sistemas eficaces para solucionar los problemas que se susciten entre las partes y, de esta forma, evitar la judicialización de procesos, que siempre supone costes de tiempo y dinero*. Los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos se traducen en la instauración de una mediación previa a la vía judicial entre deudor hipotecario y acreedor que supone, en algunos casos, una importante modificación de la estructura vigente de los procesos de ejecución hipotecaria.

La instauración de la mediación previa a la ejecución hipotecaria se efectúa a través del art. 8 Ley 20/2014, de 29 de diciembre, que adiciona al Código de Consumo de Cataluña un nuevo precepto, en concreto el art. 132-4, en cuyo apartado primero se establece que *las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial*.

A)

Elementos subjetivos de la mediación

a)

Legitimación activa para solicitar la mediación

Uno de los principales problemas que podían plantearse en la práctica forense con la aplicación del art. 132-4 del Código de consumo, se concretaba en determinar quién ostenta la legitimación activa para solicitar la mediación. Esta problemática es fruto de la falta de uniformidad terminológica existente entre la redacción del art. 132-4 del Código de consumo de Cataluña y la literalidad de la norma 15 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, regulador del procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, texto legal que se erige como la norma genérica en cuanto a la tramitación de los procesos de mediación en Cataluña.

Este último texto legal, en su precepto 15, sostiene que *el procedimiento de mediación de consumo se inicia a petición de la persona consumidora*, mientras que el Código de consumo regula la legitimación en el apartado tercero del art. 132-4, al manifestar que las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. El término *partes* no especifica a quién le corresponde la legitimación para solicitar la mediación, planteándose el interrogante de si corresponde solamente al consumidor o, por el contrario, a cualquiera de los sujetos contratantes del préstamo hipotecario.

Como era de prever esta cuestión no se encuentra exenta de problemas en cuanto a su aplicación, situación que ha obligado a la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Cataluña ha pronunciarse sobre la misma, ante una consulta efectuada por Caixabank S.A., formulada en los siguientes términos: *¿quiénes son las personas que ostentan la legitimación activa para promover el procedimiento de mediación de consumo para resolver extrajudicialmente de conflictos diamantes del impago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual del deudor?*

La respuesta de la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Cataluña se ajusta a las reglas generales del procedimiento de mediación, establecidas en el art. 15 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, afirmando que: *El Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación prevé que la solicitud del inicio del procedimiento de mediación estará en manos exclusivamente del consumidor. En ningún caso, la empresa reclamada podrá iniciar el procedimiento de mediación, sino que su posición está enmarcada en aceptarla o rechazarla en el plazo de 30 días que prevé el art. 20 del mismo decreto.*

b)

Interpretación amplia del concepto de consumidor

Una vez establecido por la Agencia Catalana de Consumo que sólo el consumidor se encuentra legitimado para solicitar la mediación, a nuestro entender, el concepto de consumidor debe ser interpretado de forma amplia, pues en él no debería tener cabida solamente la persona del deudor, sino también la figura del hipotecante no deudor, para los supuestos en que no coincida tal condición con la persona que es deudora del préstamo hipotecario, más y cuando, el hipotecante no deudor va a resultar la persona más perjudicada como consecuencia de la enajenación forzosa de su vivienda, y, en caso de existir, también debería incluirse en este concepto de consumidor, al tercer poseedor.

c)

Modificación de la literalidad del apartado tercero del art. 132-4 del Código de Consumo

A efectos de que exista una perfecta correlación entre la respuesta concedida por la Agencia Catalana de Consumo y la literalidad del art. 132-4 del Código de Consumo, a éste se le debería conceder una nueva redacción que evite interpretaciones contradictorias e interrogantes en su tramitación.

En primer lugar, debe modificarse el vocablo *partes* por *consumidor*, mantener el término *partes* conlleva no concretar legalmente quién es la persona que ostenta la legitimación activa para solicitar la mediación, cuando la Agencia Catalana de Consumo ya ha restringido este término a la persona del consumidor, solución que asimismo estaría en coherencia con las reglas contenidas en el art. 15 Decreto 98/2014, de 8 de julio, regulador del procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, el cual también sostiene que *el procedimiento de mediación de consumo se inicia a petición de la persona consumidora*.

En segundo lugar, también debe ser objeto de sustitución el término *deben* acudir a la mediación, por *podrán*, pues al encontrarse el inicio de la mediación en manos exclusivamente del consumidor, su realización no adquiere el carácter obligatorio para la incoación de la ejecución hipotecaria, sin que se pueda obligar al deudor a acudir a la misma, siendo una facultad discrecional suya.

d)

Consecuencias de atribuir una posible legitimación activa a la entidad acreedora

Con la respuesta concedida a la pregunta de CaixaBank, la Agencia Catalana de Consumo de la Generalitat de Cataluña evita una confrontación en torno al ámbito competencial en materia legislativa procesal entre Estado y Generalitat, pero a nuestro entender, pueden plantearse dudas de si la solución concedida es la más acorde con las exigencias de la realidad social en la que vivimos.

De este modo, el deudor-consumidor, de acuerdo con el art. 132-4 del Código de consumo acudirá a la mediación con carácter previo al inicio de la ejecución hipotecaria, mientras que la entidad financiera no estaría sujeta a tal obligación por no ser calificada de consumidor. En definitiva, una situación paradójica, pues a quién realmente le interesa acudir a la ejecución hipotecaria para enajenar la vivienda, es a la entidad financiera, y ésta lo puede realizar libremente sin la necesidad de mediación previa, y, en cambio, la resolución extrajudicial sólo se exige a la parte deudora, que evidentemente no tendrá interés alguno en la iniciación de un proceso que finalizará con la venta de su vivienda.

Tras la lectura del preámbulo de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, a través de la cual se introduce el art. 132-4 en el Código de consumo, en el que se pone de manifiesto la necesidad *de impulsar una serie de medidas que mejoren la situación de las personas consumidoras en el ámbito de los créditos o préstamos hipotecarios, especialmente cuando se trata de la adquisición de la vivienda habitual*, existen motivos suficientes para defender que no tendría sentido que sólo fuese al consumidor al que se le exigiese la necesidad de incoar una mediación previa a la ejecución hipotecaria, eximiendo de tal obligación a la entidad acreedora, es por ello que cuando, en el apartado tercero del art. 132-4 del Código de consumo se establece el deber de las partes en conflicto de acudir a la mediación, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, en el concepto «partes» podría englobarse tanto al deudor hipotecario, que asumirá la parte pasiva del proceso, como a la entidad bancaria o financiera, que ostentará la posición activa del futuro proceso judicial, sin realizar diferenciación alguna entre la persona del deudor-consumidor y entidad financiera.

En consecuencia, exigir sólo al consumidor, la necesidad de acudir a la mediación y no a la entidad ejecutante, si bien es una intención loable del legislador autonómico, no contribuye en demasía a atenuar la posición del deudor, pues, difícilmente, éste acudirá a la ejecución hipotecaria voluntariamente, más y cuando, es su vivienda familiar, y, por tanto, sino pretende iniciar la vía ejecutiva no solicitará la mediación, salvo que prevea que la entidad financiera inminentemente procederá a la incoación de la vía ejecutiva. Por el contrario, la entidad financiera sí estará interesada en incoar la ejecución, y por ello, es a quien se le podría obligar a acudir a la mediación previa, como una posibilidad más de evitar la enajenación de la vivienda del deudor, constituyendo la mediación una verdadera medida garante de los intereses del deudor.

Esta interpretación, consistente en equiparar tanto al consumidor como al acreedor, a efectos de ostentar la facultad de solicitar la mediación, sería, asimismo, acorde con el art. 3.1 Código Civil, en el que se regulan los principios generales de aplicación de las normas, al afirmarse que *las normas se interpretarán*

según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

a.—*Según el sentido propio de sus palabras:* A diferencia de otros textos normativos, en el art. 132-4 del Código de consumo no se utiliza el término *consumidor* sino el vocablo *las partes*, sin realizar diferenciación entre ellas.

b.—*En relación con el contexto:* El contexto más directo de la norma es el propio texto normativo del que forma parte, esto es, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre. Tanto el enunciado del cuerpo legal: *para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo*, como las declaraciones de principios efectuadas en su Preámbulo: *esta reforma, esencialmente, incrementa las garantías de la persona consumidora en la contratación de créditos o préstamos hipotecarios*, no dejan dudas, la finalidad de la Ley es proteger al consumidor, y la forma más clara de protegerle se concreta en que la parte ejecutante solicite la mediación.

c.—*Los antecedentes históricos y legislativos:* La regulación del sistema hipotecario español presenta un punto de inflexión tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. No obstante, con anterioridad ya se había producido un cambio legislativo en materia hipotecaria, dictándose normas con un sentir común, favorecer al deudor. Sirva como ejemplo: RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios..., RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Tendencia legislativa que culmina con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. A nivel autonómico, el legislador sostiene la misma postura, y el texto normativo que adiciona el art. 132-4 al Código de consumo, también tiene como finalidad principal, la mejora de la protección de las personas deudoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios.

d.—*La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.* La realidad social actual se caracteriza por una de las peores crisis económicas que ha vivido España, con un elevado número de parados y personas sin ingresos que difícilmente pueden afrontar el pago de las amortizaciones mensuales del préstamo hipotecario, originándose situaciones familiares muy complicadas que justifican la flexibilización de algunas obligaciones pecuniarias y la búsqueda de alternativas al pago de las mismas.

B)

Supuestos en que procede la mediación

La exigencia de la práctica de la mediación regulada en el art. 132-4 del Código de consumo no es absoluta, sino que la misma resulta aplicable con dos limitaciones.

En primer lugar, el acreedor hipotecario no tiene la obligación de acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria para reclamar su crédito, sino que ostenta otras vías alternativas, tanto judiciales como extrajudiciales. Con independencia de las ventajas o inconvenientes de la utilización de una u otra posibilidad, se podrían justificar, en cuanto a la necesidad de realizar obligatoriamente o no la mediación con carácter obligatorio, dos posturas. Por un lado, defender que la mediación es necesaria para todos los procesos judiciales, pues el apartado primero del art. 132-4 del Código de consumo establece la necesidad de su realización previa a *cualquier* procedimiento judicial, el término *cualquier* abarcaría todas las modalidades procedimentales, o por el contrario, defender una segunda postura más restrictiva, que se concretaría en sostener que la mediación sólo resulta necesaria para las ejecuciones hipotecarias, por resultar la única vía procedimental que menciona de modo expreso la norma.

En segundo lugar, una vez determinada la preceptividad de la mediación sólo para las

ejecuciones hipotecarias, la misma tampoco resulta obligatoria para todas ellas, pues sólo se exige a un ámbito concreto de las ejecuciones hipotecarias, esto es, únicamente respecto de aquellas que pretenden la enajenación de viviendas habituales.

Esta limitación es acorde con la política legislativa realizada a nivel del ordenamiento jurídico interno, en especial en la Ley 1/2013, en la que se instauran medidas protectoras del deudor hipotecario ante ejecuciones de viviendas habitual frente a las enajenaciones de viviendas que no ostentan tal condición.

Esta circunstancia comporta la coexistencia de dos regulaciones hipotecarias paralelas, la relativa a la ejecución de viviendas habituales, más garantista con la figura del deudor, y la correspondiente a las viviendas no habituales, con mayor protección para el sujeto que ostenta la condición de acreedor.

C)

Administración garante de la mediación

La responsabilidad de instaurar los mecanismos y medios para la efectiva realización de la mediación se encomienda a las administraciones públicas catalanas y servicios públicos de consumo, de acuerdo con lo establecido en el apartado primero del art. 132-4 del Código de consumo. No obstante, consideramos que esta previsión resulta demasiado amplia, pues permite que cualquier administración que tenga instaurado el sistema de mediación pueda celebrar la misma, con independencia de su ámbito territorial y categoría. A nuestro entender, deberían concretarse diferentes aspectos.

En primer lugar, reglamentar el procedimiento de mediación a seguir, unificando los mismos y evitando disparidad de mediaciones según sea la administración o servicio público que la efectúe, pues muchas de estas administraciones y servicios públicos tienen sus propios estatutos reguladores de la mediación. Este primer problema ha sido resuelto por la respuesta de la Agencia Catalana de Consumo a la consulta efectuada por Caixabank, al establecer, de forma expresa, que cuando se trate de mediaciones de consumo, las mismas deberán ser tramitadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el Decreto 98/2014 de 8 de julio.

En segundo lugar, resulta preciso determinar las características y conocimientos de los mediadores, y en tercer lugar, si bien inicialmente no se determinaba cuál era el órgano ante el cuál debía efectuarse la mediación, esta omisión legal es parcialmente subsanada por la Ley 24/2015, la cual a través de su disp. final 5.^a, adiciona un nuevo apartado al art. 132 del Código de consumo de Cataluña, en concreto el cuarto, el cual tiene como objetivo determinar el órgano competente ante el cual solicitar la mediación y su correspondiente tramitación. De acuerdo con la dicción literal de este precepto, esta función corresponde a las denominadas comisiones de sobreendeudamiento.

Sin embargo, esta taxativa declaración se encuentra huérfana de contenido, ante el silencio normativo respecto a la composición y organización de las mencionadas comisiones, aplazando su determinación, a la publicación de un reglamento, según la Disposición final segunda de la Ley 24/2015, a dictar en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de esta normativa, es decir, el 6 de agosto de 2015.

En consecuencia, hasta el momento en que se legisle respecto del contenido de las comisiones de sobreendeudamiento, existirá un vacío legal que originará inseguridad en cuanto a la tramitación de las posibles mediaciones. Asimismo, este silencio legal producirá un efecto no menos pernicioso, consistente en una disputa entre Administración y Colegios profesionales, a efectos de pretender la dependencia funcional de estas comisiones respecto de su entidad o institución.

D)

Finalidad de la mediación

La finalidad de la mediación es acorde con la política legislativa existente en el ámbito hipotecario de los últimos años, concretándose en favorecer y potenciar la adopción de medidas e instrumentos que permitan ayudar al deudor hipotecario. En este sentido, el apartado segundo del art. 132-4 del Código de consumo enumera los dos objetivos básicos de la mediación, bien buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que la persona consumidora conserve la propiedad de la vivienda o, bien subsidiariamente, asegurar la posibilidad de mantener su uso y disfrute.

E)

Plazo para llegar a acuerdos en la mediación

El legislador establece un plazo de tiempo máximo para la tramitación de la mediación. El plazo viene fijado en el apartado tercero del art. 132-4 del Código de consumo, concretándose en tres meses que empezarán a contar desde la notificación del acuerdo de inicio de la mediación. Notificación que debe corresponder a la administración pública competente o servicio público al que se le encomiende la mediación.

Consideramos acertado fijar un tiempo máximo de negociación, pues de lo contrario, alguna de las partes, actuando de mala fe, podría prolongar su tramitación evitando la presentación de la correspondiente demanda ejecutiva. A pesar de ello, consideraríamos conveniente haber previsto la posibilidad de prorrogarse este plazo bajo causas justificadas, más y cuando, la celeridad en la mediación y en la obtención de medios que faciliten su finalización exitosa no siempre dependerá de las partes, piénsese en los supuestos, en que tal como prevé el apartado segundo del art. 132-4 del Código de consumo, se solicite un informe de evaluación social con un análisis socioeconómico del deudor.

Si de acuerdo con la interpretación del art. 132-4 del Código de consumo que efectúa la Agencia Catalana de Consumo, la legitimación para solicitar la mediación sólo le corresponde al consumidor, debe preverse la posibilidad de que el mismo, la solicite ante una inminente incoación de la ejecución hipotecaria por parte del acreedor. Si existen suficientes motivos fundados de la utilización de esta institución jurídica, de manera fraudulenta o temeraria, para retrasar la enajenación de la vivienda, tal comportamiento debería ser sancionado por ser contrario a las reglas de la buena fe procesal reguladas en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De aceptarse la tesis que hemos planteado en este trabajo, en el sentido de conceder la legitimación activa también al acreedor ejecutante, otro de los problemas prácticos que podría plantearse se concretaría en si en el momento en que se solicita la mediación se cumplen los requisitos legales para solicitar la ejecución hipotecaria. Piénsese en los supuestos de hipotecas en que se pacta un vencimiento anticipado tras el impago de tres cuotas o un número de cuotas de importe equivalente a tres meses. En el momento de solicitarse la iniciación de la mediación debe acreditarse el efectivo impago de las tres mensualidades o, por el contrario, podría solicitarse la mediación ante el impago de una mensualidad, sabiendo el acreedor que ante la insolvencia del deudor durante el transcurso de los tres meses máximos que puede prolongarse la mediación se cumplirá el impago de las tres cuotas mensuales.

A nuestro entender, en el momento de procederse a solicitar la mediación deben cumplirse

todos los requisitos legalmente exigidos para proceder a la incoación de la ejecución hipotecaria, a efectos de no desnaturalizar la mediación, por varios motivos, en primer lugar, se produciría un fraude legal, al utilizar los acreedores fraudulentamente una previsión legal para acreditar el impago de tres mensualidades, en segundo lugar, se desnaturalizaría la finalidad de la mediación que no es otra que intentar llegar un acuerdo, que en cierta medida flexibilice la delicada situación del deudor en beneficio del acreedor hipotecario, y en tercer lugar, por intentarse una mediación respecto de una ejecución hipotecaria que no podría en algún caso ser admitida a trámite, supuesto que acontecería en los casos en que el deudor pagase alguna de las mensualidades que vencen durante la tramitación de la mediación, sin cumplirse el requisito de tres cuotas impagadas para proceder al vencimiento anticipado, por lo que se negociaría por una hipoteca no ejecutable.

F)

Finalización de la mediación

Una vez realizada la mediación, la misma puede finalizar con acuerdo o sin él. Para los casos de falta de entendimiento resultará expedita la vía judicial y, en concreto, entre otras posibilidades la incoación de una ejecución hipotecaria.

El éxito de la mediación deberá reflejarse en un escrito, que en función de las directrices del art. 132-3 del Código de consumo, resulta vinculante para todas las partes, pudiéndose formalizar en un documento escrito firmado por ellas y la persona mediadora. La firma de la persona mediadora deja constancia del compromiso a que se ha llegado. Los acuerdos son ejecutivos de acuerdo con la normativa sobre mediación. En el mismo sentido, se manifiesta el precepto 30 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, remitiéndose a la normativa genérica de mediación en relación al carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien no resulta de aplicación por excluir de su ámbito de aplicación a las materias de consumo, sí en su art. 25.1 establece que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación, formalizándose como título ejecutivo. Es por ello, que si legalmente es permisible que determinados acuerdos obtenidos fruto de la mediación sean elevados a escritura pública, no debería existir óbice para que circunstancia similar se produzca con los acuerdos conseguidos en materia de consumo.

Sin embargo, consideramos de difícil aceptación que la entidad financiera apruebe un nuevo título ejecutivo en que se modifiquen las condiciones de la escritura pública en que consta la garantía hipotecaria por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque se produciría una alteración del título ejecutivo por novación, y, en segundo lugar, y, como consecuencia de lo anterior, la entidad financiera podría encontrarse ante la imposibilidad de no poder acudir a una ejecución hipotecaria por tener un título ejecutivo del que se derivan unos actos ejecutivos diferentes a la garantía hipotecaria, o, en caso de incoar la misma, asumir el riesgo de que prosperen las posibles excepciones a la ejecución hipotecaria del deudor en base a motivos de carácter sustantivo —extinción de la garantía u obligación inicial— o excepciones procesales —invalidez de los actos ejecutivos por sustanciarse en un procedimiento inadecuado al ser los actos ejecutivos diferentes, debiéndose acudir a la ejecución ordinaria como consecuencia de la novación del título ejecutivo—.

En base a los motivos anteriormente expuestos, tanto si el acuerdo obtenido en la mediación se formaliza en título ejecutivo como sino no, serán acuerdos que no tendrán como consecuencia la pérdida de la garantía hipotecaria, pues, en todo caso, la entidad financiera subordinará la validez de los pactos alcanzados al mantenimiento de la misma, de lo contrario, las mediaciones

se verían siempre abocadas al fracaso por la poca predisposición de las entidades acreedoras.

G)

Tramitación de la mediación

Las reglas que deben regir la celebración de la mediación han sido señaladas por la propia Agencia Catalana de Consumo al contestar a la consulta de Caixabank S.A., en la que se preguntaba si en los supuestos de créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual en los cuales el consumidor ejercite efectivamente su legitimación activa exclusiva y decida solicitar la mediación, ¿la entidad financiera estará a los establecido en el procedimiento y plazos establecidos en el art. 132-4.3 de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010. Del Código de consumo de Cataluña?

La respuesta de la Agencia Catalana de Consumo sostiene la aplicación de los trámites regulados en el art. 132-4 del Código de Consumo y en el Decreto 98/2014, de 8 de julio, regulador del procedimiento de mediación en las relaciones de consumo.

H)

Documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva

La realización de la mediación previa a la presentación de la demanda ejecutiva modifica los documentos que deben acompañarse a este escrito para que el órgano judicial proceda a despachar ejecución.

De acuerdo con el apartado segundo del art. 685 LEC, a la demanda ejecutiva debían acompañarse el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para despachar ejecución, en concreto, la escritura pública en la que se consigne la garantía hipotecaria, siempre y cuando, en la escritura conste un precio de tasación y el domicilio del deudor, así como los documentos útiles o convenientes para la ejecución, el poder del procurador y los relativos a la notificaciones de operaciones liquidatorias y del saldo deudor en caso de intereses variables.

Con la entrada en vigor del art. 132-4 del Código de consumo también será preceptivo acompañar el documento que acredite el intento de mediación y su finalización sin acuerdo, siempre y cuando, el consumidor haya solicitado la realización de la mediación. De no acompañarse estos documentos, consideramos, en favor del principio *pro actione*, que con anterioridad a la denegación del despacho de ejecución por no concurrir los requisitos legalmente establecidos, de acuerdo con el art. 552 LEC, se conceda plazo al demandante para subsanar tal omisión.

En contrapartida, cuando la demanda la presente directamente la entidad financiera, sin que el consumidor haya solicitado la mediación, no deberá acompañarse documento justificativo alguno de la mediación, como consecuencia de la postura sostenida por la Agencia Catalana de Consumo que no faculta a la entidad acreedora a solicitar la misma.

El problema que se puede plantear es si una vez presentada la demanda, el deudor solicita la realización de la mediación. A nuestro entender, esta solicitud devendría extemporánea, resultando la presentación de la demanda un factor preclusivo de la mediación.

2.

El ofrecimiento de un alquiler social como requisito previo a la presentación de la demanda hipotecaria

La Ley 24/2015 de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, en su articulado regula la necesidad de practicar una serie de requisitos previos, por parte del acreedor, a la presentación de la demanda hipotecaria, presupuestos que encuentran cobertura legal en un texto externo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A)

Regulación legal del ofrecimiento del alquiler social

Este extremo se produce en el apartado segundo del art. 5 Ley 24/2015, en el cual se sostiene que antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler, el demandante debe ofrecer a los afectados una propuesta de alquiler social.

a)

Elementos personales

Del análisis de esta norma se pueden sustraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, la obligación de realizar este trámite previo a la presentación de la demanda recae sobre el acreedor y futuro demandante, al establecer la literalidad de la norma que es a éste a quien le corresponde efectuar el ofrecimiento del alquiler social a los afectados. No obstante, esta regla no se encuentra exenta de lagunas, entre otras, no se determina el importe del alquiler social, no se concreta el espacio temporal en que debe mantenerse el mismo, al establecerse solamente un período mínimo de tres años, dejando al arbitrio de las partes su ampliación y en qué casos...

En segundo lugar, los destinatarios del ofrecimiento, según la Ley 24/2015 son los afectados. Por afectados debemos considerar a los consumidores que no pueden afrontar el pago de las obligaciones derivadas de la carga hipotecaria. No se matiza en esta norma que sucede en los casos en que el deudor no coincida con el hipotecante no deudor ni en los supuestos de la existencia de fiadores. A nuestro entender, el ofrecimiento sólo resultará extensible al deudor, por ser él quien tiene la obligación de pagar la deuda y quien realmente ocupa la vivienda, sin que el ofrecimiento deba hacerse extensible a fiadores ni a hipotecantes no deudores.

En tercer lugar, la Ley 24/2015, sí determina los requisitos que deben concurrir en las personas a las que se les debe ofrecer el alquiler social. El primero de ellos, que no tengan una alternativa propia de vivienda, y el segundo de ellos, que se encuentren en uno de los parámetros de exclusión residencial que determina el texto normativo.

b)

Elementos económicos y objetivos

La concreción de cuando una unidad familiar se encuentra en condiciones de exclusión residencial es efectuada por el apartado décimo del art. 5 de la Ley comentada, al sostener que *a efectos de la presente Ley, se entiende que las personas y unidades familiares se encuentran en situación de riesgo de exclusión residencial siempre que perciban unos ingresos inferiores a 2 veces el IRSC, si se trata de personas que viven solas, o unos ingresos inferiores a 2,5 veces el IRSC, si se trata de unidades de convivencia, o unos ingresos inferiores a 3 veces el IRSC, en caso de personas con discapacidades o con gran dependencia. En caso de que los ingresos sean superiores a 1,5 veces el IRSC, la solicitud debe ir acompañada de un*

informe de servicios sociales que acredite el riesgo de exclusión residencial.

Estas medidas pueden ser objeto de flexibilización y aplicarlas a personas y unidades familiares, que si bien no se encuadran en los requisitos anteriores, por superar los salarios enunciados, si existe sobre ellos *un informe de servicios sociales acreditativo de que están sometidas a un inminente riesgo de pérdida de la vivienda y no disponen de alternativa de vivienda propia*

Asimismo, con independencia de que los deudores cumplan con los requisitos enunciados anteriormente, el demandante siempre estará obligado a ofrecer el alquiler social, si en él concurren alguna de las siguientes circunstancias: *a) Que el demandante sea persona jurídica que tenga la condición de gran tenedor de vivienda o b) Que el demandante sea persona jurídica que haya adquirido posteriormente al 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario.*

La propia Ley 24/2015 se encarga de definir que debe considerarse por grandes tenedores de viviendas. Definición que se realiza en el art. 9 del texto legal, regulando dos supuestos

a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil.

b) Las personas jurídicas que, por si solas o mediante un grupo de empresas, sean titulares de una superficie habitable de más de 1.250 m^2 , con las siguientes excepciones:

1.º. Los promotores sociales a los que se refieren las letras a) y b) del art. 51.2 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

2.º. Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad, cualificado como viviendas de protección oficial destinadas a alquiler.

La problemática que se plantea en este punto recae en el hecho de que la obligación de solicitar la información de la concurrencia de los requisitos de exclusión residencial y de la ausencia de alternativa a la vivienda propia, le corresponde al demandante, requiriendo previamente a los afectados, pero no se determina la forma de notificación a efectos de exigir la veracidad o fehaciencia de los datos facilitados, y la consecuencias de un posible engaño en cuanto a estos datos, pues ante este silencio legal, podrían originarse situaciones, en que el deudor a efectos de evitar el desalojo, alterase o no facilitase los datos exactos, en perjuicio del acreedor, que vería limitadas las facultades de disponibilidad del domicilio.

De igual forma, la Ley 24/2015 regula los elementos que deben configurar el contenido de la propuesta de alquiler social. Esta labor se efectúa en el art. 7 del texto normativo, regulándose tres requisitos uno de carácter económico, uno material, y, finalmente, uno temporal. Estos requisitos no son alternativos entre ellos sino que deberán concurrir de forma conjunta.

En relación a la propuesta económica, está deberá fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del IRSC, o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC.

En cuanto al presupuesto material, se regula una doble alternativa, concediendo prioridad a que la unidad familiar pueda seguir residiendo en la vivienda afectada por el procedimiento. Sin embargo, de no resultar posible este extremo, el alquiler social se ofrecerá en una vivienda diferente, pero situada en el mismo municipio *salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término municipal no afectará negativamente a la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar.*

Respecto del extremo temporal, se fija un límite mínimo de mantenimiento del alquiler social, que no deberá ser en ningún caso inferior a tres años.

Efectuada la oferta de alquiler social, la Ley 24/2015 comete una imprecisión en relación a su regulación, pues en el apartado cuarto del art. 5 del texto legal, se establece la necesidad de comunicar al Ayuntamiento la misma, en el plazo de los tres días hábiles siguientes a su efectiva realización, pero omite designar la persona que carga con el deber de realizar esta notificación. A nuestro entender, y en coherencia con el articulado de la Ley, que en diferentes artículos determina la obligación del demandante de verificar la situación de riesgo del deudor, esta obligación deberá recaer en la figura del acreedor.

B)

Solicitud del informe de riesgo de exclusión residencial

A efectos de determinar, si resulta preceptivo o no el ofrecimiento de un alquiler social, deviene de especial importancia, precisar si una unidad familiar se encuentra en situación de riesgo de exclusión.

En este punto, de vital importancia para no dejar desprotegidas a las personas o unidades familiares que se encuentren en tal lamentable situación, y, en consecuencia, convertir en ineficaces las previsiones de la Ley 24/2015, el mismo no se caracteriza por una regulación completa, pues, si bien en su art. 9, se exige a los servicios sociales que emitan el informe en el plazo de 15 días desde que se solicitó, no se especifica, sobre quién recae la carga de solicitar el pertinente informe, existiendo dudas de si debe ser el posible ejecutado o, por el contrario, el futuro demandante.

De un estudio conjunto del articulado de la Ley, consideremos que deberá ser el acreedor quien exija a las personas o unidades familiares la solicitud del informe, conclusión que postulamos, en base a las directrices del precepto 5.2 del mismo cuerpo legal, el cual exige al demandante comprobar la situación de posible riesgo de exclusión residencial de los deudores, requiriendo la información pertinente a los afectados, por lo que se englobaría dentro de este requerimiento, que el demandante exija a los afectados la solicitud del oportuno informe.

A pesar de ello, la Ley 24/2015 debería determinar un plazo para la solicitud de dicho informe, una vez el demandante se lo requiera al afectado, pues, de lo contrario, se podrían plantear actuaciones fraudulentas de los deudores consistentes en retardar o aplazar la solicitud, causando un perjuicio al acreedor que se traduciría en la imposibilidad de presentar la demanda hipotecaria.

Sin embargo, no es ésta la única imprecisión del art. 9 de la Ley, pues, en el mismo precepto, se prevé, que ante la falta de repuesta por la administración en el plazo de 15 días, respecto de la solicitud del informe, se considerará que las personas o unidades afectadas se encuentran en situación de riesgo de exclusión residencial, extremo que puede resultar contrario a los

intereses del demandante, que no ostentará un poder absoluto de disposición de la vivienda, como consecuencia de la obligación de ofrecer un alquiler social, por lo que la inactividad de la administración puede conceder un beneficio a personas o unidades familiares cuya situación real no sea la de riesgo de exclusión residencial.

C)

Consecuencias del rechazo del alquiler social

Una vez el acreedor ha cumplido con todas las obligaciones exigidas, si tras efectuar el ofrecimiento de alquiler social a la persona o unidad familiar en riesgo de exclusión residencial, la misma es rechazada por los interesados, el demandante puede proceder a presentar la demanda de ejecución hipotecaria sin mayor dilación.

D)

Documentos que deben acompañarse a la demanda de ejecución hipotecaria

Tras la regulación de las medidas establecidas en la Ley 24/2015, el demandante deberá acompañar a la demanda hipotecaria, documentos innecesarios hasta el momento y que desde la entrada en vigor de este texto normativo se convertirán en obligatorios.

Así, junto con la demanda deberán acompañarse bien el documento que acredite el transcurso de los tres años o del plazo pactado de alquiler social, bien el rechazo por parte de los afectados del ofrecimiento de alquiler social, bien el informe de los servicios sociales que considere que una persona o unidad familiar no se encuentra en situación de riesgo de exclusión residencial.

La concurrencia de estos documentos deberá ser examinada por el órgano judicial, su presentación justificará la admisión y ejecución, si concurren el resto de los requisitos propios de la ejecución hipotecaria, mientras que su falta deberá traducirse en la posibilidad de su subsanación en el plazo de 10 días. La falta de subsanación de esta omisión conlleva la inadmisión y denegación del despacho de ejecución. Sin embargo, es preciso matizar en este punto, que estos razonamientos se encuentran condicionados a la aceptación de la facultad del legislador autonómico de regular requisitos de procedimentalidad.

3.

¿Regulación vías procesales alternativas a la ejecución hipotecaria?

A)

Marco normativo

Los arts. 2 y 3 Ley 24/2015 son los que originan mayores interrogantes en cuanto a su aplicación, al instaurar un proceso extrajudicial y judicial, respectivamente, al que puede acudir el consumidor en casos de sobreendeudamiento, originándose las dudas de si esta vía procesal puede ser alternativa a la ejecución hipotecaria.

En el primero de sus artículos, en concreto, en su apartado primero, la Ley 24/2015 declara los

derechos de los consumidores como derechos de carácter básico y, en consecuencia, objeto de especial protección. Sin embargo, esta especial protección genera la primera de las dificultades que nos encontramos en el análisis de este texto legislativo, que no es otra que establecer el marco normativo aplicable, debido a que el propio precepto sostiene que la aplicación de estas medidas de especial protección se produce *sin perjuicio de lo establecido en la legislación hipotecaria y concursal*.

El término «sin perjuicio» puede ser objeto de dos interpretaciones contradictorias entre sí, y que condicionan la aplicación del conjunto de medidas reguladas en la Ley 24/2015. La primera de ellas, consistiría en atribuirle un carácter flexible, en el sentido de considerar la legislación hipotecaria y concursal subsidiaria de las reglas contenidas en la Ley objeto de estudio, y, por ende, de aplicación, siempre y cuando, no resultase contraria a las medidas reguladas en este texto normativo. En contrapartida, la segunda de las hipótesis se concretaría en concederle, al término «sin perjuicio», una naturaleza restrictiva, priorizando la normativa hipotecaria y concursal, por su carácter de especialidad frente a la generalidad de los derechos de los consumidores, extremo que supondría que las medidas reguladas en la Ley 24/2015 deberían respetar las reglas hipotecarias y concursales.

A nuestro entender, la voluntad del legislador ha sido sostener la primera de las hipótesis, consistente en conceder carácter absoluto a las medidas especiales reguladas en la Ley 24/2015, frente a cualquier otro marco normativo, con las excepciones específicas establecidas en algún concreto precepto. Tesis que encontraría sustento legal en el art. 3 Código Civil, según el cual *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*.

Los antecedentes históricos y legislativos del Parlament de Catalunya, en materia de vivienda, se plasman, en los últimos años, en la búsqueda de medidas que flexibilicen las inquietantes situaciones de muchas familias que no pueden asumir el pago de las deudas derivadas del uso y disfrute de su vivienda. La realidad social que vivimos, lamentablemente se caracteriza por las dificultades económicas que atraviesan ciudadanos y familias, dificultosa realidad que, según la Exposición de Motivos de la Ley 24/2015, se vive con especial crudeza en Cataluña, al sostener que *Cataluña es, entre las comunidades autónomas del Estado español, una de las más afectadas por la crisis económica*.

B)

Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de las medidas reguladas en la Ley 24/2015 y, en concreto, de los procedimientos extrajudicial y judicial para resolución de situaciones de sobreendeudamiento, se encuentra determinado en el apartado tercero del artículo primero de esta norma, al afirmarse que *los consumidores que se encuentren o puedan encontrarse en una situación de insolvencia derivada del pago de la vivienda pueden iniciar los procedimientos regulados por los arts. 2 y 3, que son de aplicación a todas las personas físicas residentes en Cataluña*.

La primera cuestión que puede originar controversia en la práctica es si la posibilidad de realizar estos procedimientos se circunscribe únicamente a las personas físicas o si, por el contrario, es ampliable a las personas jurídicas. Del análisis del conjunto de los preceptos de la Ley 24/2015, podemos sostener que esta facultad se limita a las personas físicas, por los siguientes motivos. En primer lugar, por la propia literalidad del art. 1.3 de la Ley, que solo se refiere a personas

físicas residentes en Cataluña; en segundo lugar, por ser un texto normativo encaminado a la defensa de los consumidores, calificación que de acuerdo con el art. 112 a) del Código de Consumo se atribuye sólo a las personas físicas, y; en tercer lugar, por resultar las previsiones reguladas en la Ley 24/2015, de aplicación únicamente a las personas físicas y no a las jurídicas.

Un segundo problema que puede originarse de la aplicación de la Ley 24/2015, es su circunscripción territorial, pues su artículo primero regula que las personas que pueden someterse a la realización de un procedimiento extrajudicial son los residentes en Cataluña, carácter restrictivo que puede comportar dos problemáticas. En primer lugar, considerar si es posible regular un instrumento pre-procesal en una norma diferente a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en segundo lugar, de aplicarse taxativamente esta regla, nos encontraríamos ante situaciones en que si bien el proceso hipotecario es incoado en partidos judiciales de Cataluña, por ubicarse en alguno de ellos la finca, de residir el deudor fuera de Cataluña, no sería necesario realizar el procedimiento extrajudicial, pues la norma solamente lo prevé para personas físicas residentes en Cataluña.

a)

Proceso extrajudicial para situaciones de sobreendeudamiento

La facultad de acudir a esta vía alternativa a la judicial solo presenta una excepción, que se concreta en el hecho de que las partes se encuentren inmersas en un proceso concursal.

a') Legitimación

La legitimación para solicitar la incoación de esta vía extrajudicial es amplia, pues según las directrices del art. 2 del texto normativo analizado, la ostenta tanto el consumidor como el acreedor. Esta titularidad amplia, origina ciertas contradicciones que podemos clasificar en un triple nivel.

Nivel normativo interno, por existir una regulación heterogénea entre los arts. 1 y 2 Ley 24/2015, pues mientras esta última norma regula la legitimación de forma amplia, otorgándosela tanto al consumidor como al acreedor, en el primero de los preceptos de este texto legal, la titularidad de la legitimación resulta más restrictiva, al concederse solo respecto de la persona del consumidor, la posibilidad de incoar esta vía extrajudicial, sin realizar mención expresa alguna respecto del sujeto del acreedor.

Nivel normativo externo, debido a que las directrices contenidas en la Ley 24/2015 no son uniformes con las reglas existentes en otros textos legales en materia de consumo. El último de los apartados del artículo segundo de la Ley 24/2015 concreta que el procedimiento al que se refiere el presente artículo es un procedimiento de mediación. El Decreto 98/2014, de 8 de julio, regulador del procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, texto legal que se erige como la norma genérica en cuanto a la tramitación de los procesos de mediación en Cataluña, en su art. 15 sostiene que el *procedimiento de mediación de consumo se inicia a petición de la persona consumidora*, legitimación, en consecuencia, más restrictiva que la establecida en la regla segunda de la Ley 24/2015, que amplía la legitimación a la figura del acreedor.

Nivel interpretativo de la Agencia catalana de consumo. Esta entidad ante la pregunta de Caixabank en relación a si resultaba posible que la empresa y, por ende, el acreedor pudiese incoar la mediación, se pronunció de forma contraria, defendiendo que la legitimación corresponde sólo a la figura del consumidor, ampliarlo por parte de la Ley 24/2015, también a la figura del acreedor, derivaría en un posicionamiento contrario a la Agencia catalana, que interpreta los interrogantes que se susciten en materias de consumo, cuando no debemos olvidar que la Ley 24/2015, regula derechos del consumidor, y, por tanto, sujetos a la interpretación de la Agencia catalana de consumo.

b') Órgano resolutorio

El apartado segundo del precepto segundo de la Ley 24/2015 establece que serán las comisiones de sobreendeudamiento, los órganos encargados de resolver las cuestiones sometidas a la vía extrajudicial, con amplias facultades decisorias, pudiendo, incluso, establecer un plan de pagos o un plan de reestructuración de la deuda. Sin embargo, estas amplias facultades decisorias no son absolutas, sino que las mismas son tuteladas por el Juez competente que deberá revisar el acuerdo adoptado. La remisión al órgano judicial que se efectúa en el texto normativo no se encuentra exenta de dudas. La primera de ellas se traduce en la necesidad de determinar el órgano judicial competente, pues la Ley 24/2015 omite su concreción.

A nivel de competencia objetiva no deben plantearse dudas respecto de la atribución de esta labor revisora a los Juzgados de primera instancia. Los problemas surgen en el momento de fijar la competencia territorial, pudiéndose plantear hasta tres hipótesis. En primer lugar, considerar competente el órgano judicial del lugar donde se encuentra ubicada la finca, postura que consideramos de mayor corrección, por resultar acorde con la regulación de la competencia territorial establecida en los procesos de ejecución hipotecaria, en los que ésta corresponde a los Juzgados de primera instancia del lugar donde se encuentra la vivienda. En segundo lugar, podría atribuirse la competencia territorial a los órganos judiciales del partido judicial donde se encuentren las comisiones de sobreendeudamiento, por ser éstas, los órganos que trasladarán el acuerdo revisable. En tercer lugar, conforme a las directrices del art. 545.2 de la Ley procesal, para la ejecución de los acuerdos obtenidos en una mediación, sería competente el Juzgado de primera instancia del lugar en que se hubiere firmado el acuerdo de mediación.

La segunda de las dudas enunciadas, se centra en concretar las facultades resolutorias del órgano judicial. De esta forma, si éste considera correctos los acuerdos conseguidos en la vía extrajudicial, deberá formalizarlos en la resolución judicial correspondiente, en concreto en un auto, convirtiéndose, el mismo, en título ejecutivo, pero si, por el contrario, el órgano judicial considera incorrectos los acuerdos pactados, deberá dictar resolución, de igual tipo, fundamentando su denegación.

b)

Procedimiento judicial para la resolución de casos de sobreendeudamiento

De fracasar la vía extrajudicial, el art. 3 Ley 24/2015 regula un procedimiento judicial, como veremos singular, que se caracteriza por los siguientes extremos.

a') Ámbito de aplicación

Es uno de los principales interrogantes determinar, como ya hemos ido analizando en el presente trabajo, si este precepto resulta de aplicación al ámbito de las ejecuciones hipotecarias, pudiendo existir posicionamientos contradictorios. Así, de la literalidad del precepto tercero del texto normativo, existen argumentos para defender su aplicación, al establecer que esta *vía procesal se encuentra destinada a la finalidad de buscar fórmulas adecuadas para la satisfacción de deudas derivadas de una relación de consumo, incluidas las que se derivan de la vivienda habitual*, y es evidente que la hipoteca es la mayor de las obligaciones económicas que se deriva de la vivienda. Sin embargo, podría defenderse un concepto de consumidor restringido, en el sentido de concretarse las deudas derivadas de la vivienda a las propias de un consumidor de servicios, tales como el agua, gas, electricidad..., dejando fuera las deudas derivadas de la hipoteca.

b') Carácter potestativo

Presenta una naturaleza potestativa, pues acudir a esta vía judicial no resulta obligatorio, sino todo lo contrario, al manifestar el precepto mencionado, que *el consumidor puede solicitar la apertura del procedimiento judicial simplificado*, el condicional no deja dudas de la discrecionalidad del consumidor respecto de la incoación o no de la vía judicial.

El texto de la Ley 24/2015 omite determinar un marco temporal en que precluya la posibilidad del consumidor de acudir a esta especial vía judicial, laguna legal que debe ser corregida, pues de lo contrario, el acreedor resulta sujeto a la voluntad del deudor, a efectos de presentar la demanda hipotecaria. Este amplio margen de actuación del posible demandado, es susceptible de originar

actuaciones de mala fe, que imposibiliten que el acreedor pueda reclamar sus derechos e intereses en el ámbito judicial.

c') Legitimación

Existe una limitación en cuanto a la atribución de la legitimación para solicitar su inicio, a diferencia de la facultad de solicitar la incoación de la vía extrajudicial, facultad que ostentan tanto la figura del acreedor como la del consumidor, en el caso del proceso judicial, la potestad de incoarla resulta restringida al consumidor.

d') Tramitación del proceso judicial

La regulación de un proceso judicial en el artículo tercero de la Ley 24/2015 constituye uno de los puntos que generan mayor debate y problemática, principalmente por dos motivos. En primer lugar, por el ámbito competencial del legislador autonómico, pues si ya se planteaban dudas respecto de si se encontraba facultado para regular requisitos previos a la vía judicial, como podría ser la necesidad de acudir a un mediación anterior, en el precepto examinado se da un paso más, al prever la incoación de un proceso judicial en un texto sustantivo externo a la Ley procesal y fuera de la legislación estatal. En segundo lugar, por la inexistencia de regulación de un concreto proceso simplificado. En la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no existe ninguna vía procesal con esta denominación, por lo que resulta necesario concederle una reglamentación a esta vía judicial, salvo peligro de dejar vacío de contenido y operatividad al art. 3 de la Ley 24/2015. No obstante, esta regulación *ex novo* no se encontraría exenta de problemas, ya enunciados en el apartado anterior, consistentes tanto en determinar si el legislador autonómico se encuentra facultado para dar cuerpo a este proceso judicial, como si es posible su regulación fuera de la Ley procesal.

Una posible solución sería acomodar su tramitación a un proceso sencillo ya existente en la Ley de enjuiciamiento civil como podría ser el juicio verbal o, convertir esta vía judicial simplificada en una mera comparecencia ante el órgano judicial competente, respetando, en todo caso, de forma inexcusable, los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

e') Objetivos del proceso judicial

La finalidad del proceso simplificado es la búsqueda de fórmulas para el pago de las deudas del consumidor. Esta tarea le es atribuida al órgano judicial, respecto del cual en este precepto tercero de la Ley 24/2015 no se establece con concreción qué determinado Juzgado asume tal función. Sobre este punto, nos remitimos a los comentarios efectuados en cuanto a la determinación de la competencia del órgano judicial al que se le encomienda la revisión de los pactos obtenidos por las comisiones de sobreendeudamiento en las vías extrajudiciales.

De acuerdo con la literalidad del apartado segundo del artículo tercero del texto estudiado, la resolución del órgano judicial, en la que obligatoriamente deberá figurar un plan de pago de cumplimiento obligado, consideramos que debe ser una sentencia. De incumplirse el plan establecido, la parte creditora podrá solicitar que se liquiden los activos para afrontar las deudas, liquidación que englobará la realización forzosa de la vivienda gravada con la hipoteca.