

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

HIPOTECA Y VIVIENDA

SUMARIO

DEBATE

Hipoteca y vivienda

Artículos de:

Sergio Nasarre Aznar

José María de la Cuesta Saenz

Isabel Zurita Martín

Karen Lynch-Shally

José Luis Valle Muñoz

M^{ra} Carmen González Carrasco

Fernando Zunzunegui

Héctor Simón Moreno

María Olinda García

Kurt Xerri

ESTUDIOS

La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013) (Pedro Crespo Barquero)

Cine y argumentación jurídica: estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentales del alegato judicial en la litigación sobre hechos (José Calvo)

El *ΔΟΓΜΑ* y la definición de la Ley en D.1.3.2. A propósito de la definición de Demóstenes (José Miguel Piquer Mari)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando inoperante la reforma de la Ley hipotecaria (Raquel Castillejo)

VARIA

Actas del Congreso "La crisis de la Dogmática: Nuevas Perspectivas" (Emiliano Borja)



tirant lo blanch

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE LA
REVISTA

16/2014

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE

SUMARIO

DEBATE

Hipoteca y vivienda

La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria.....	10
<i>Sergio Nasarre Aznar</i>	
La Directiva Europea del Crédito Hipotecario.....	38
<i>José María de la Cuesta Saenz</i>	
Reformas legales hipotecarias en España desde el estallido de la crisis	52
<i>Isabel Zurita Martín</i>	
Post-crisis evolution of the mortgage legislation. A comparative perspective Ireland-Spain	76
<i>Karen Lynch-Shally</i>	
¿Qué hay de malo en nuestra hipoteca?	98
<i>José Luis Valle Muñoz</i>	
Cláusula suelo: nulidad por falta de transparencia y problemas de inseguridad jurídica..	116
<i>M^a Carmen González Carrasco</i>	
Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios.....	140
<i>Fernando Zunzunegui</i>	
La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español.....	162
<i>Héctor Simón Moreno</i>	
¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?	
Una comparativa legal Portugal-España-Malta.....	188
<i>Sergio Nasarre Aznar, María Olinda García, Kurt Xerri</i>	

ESTUDIOS

La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)	218
<i>Pedro Crespo Barquero</i>	
Cine y argumentación jurídica: estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentales del alegato judicial en la litigación sobre hechos.....	280
<i>José Calvo</i>	
El <i>ΔΟΓΜΑ</i> y la definición de la Ley en D.1.3.2. A propósito de la definición de Demóstenes.....	308
<i>José Miguel Piquer Mari</i>	
El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando inoperante la reforma de la Ley hipotecaria	324
<i>Raquel Castillejo</i>	

VARIA

Actas del Congreso “ <i>La crisis de la Dogmática: Nuevas Perspectivas</i> ”	348
<i>Emiliano Borja</i>	

LA VIVIENDA EN PROPIEDAD COMO CAUSA Y VÍCTIMA DE LA CRISIS HIPOTECARIA

Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar

Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN

Detrás de la crisis sistémica norteamericana de 2007, existen fundamentos legales relacionados con la falta o ineficiencia de los elementos característicos de un moderno sistema territorial: unos eficaces registro de la propiedad, sistema bancario y valores hipotecarios. La generalización de la vivienda en propiedad ha sido identificada como una de las causas del origen de la crisis, al tiempo que ésta está sufriendo sus consecuencias; es decir, lo que se altera en su aspecto financiero, afecta a su aspecto como derecho humano, y viceversa. El artículo se plantea cómo todo ello está influyendo en la manera de percibir la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico iusprivatista, que tradicionalmente no ha prestado especial interés en ella. Además, pone en cuestión a la propiedad como única forma de tenencia real de la vivienda, especialmente desde la perspectiva de los riesgos inherentes que entraña la hipoteca inversa o las externalidades que causa en otras áreas de la realidad social, como el empleo. Se apunta para ello, como alternativa, las nuevas tenencias intermedias en Cataluña.

PALABRAS CLAVE

Vivienda, Crisis, Mercado hipotecario, Sistema de crédito territorial, Titulización, Hipoteca inversa, propiedad, Alquiler, Tenencias intermedias

LA DIRECTIVA EUROPEA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

José María de la Cuesta Saenz

Universidad de Burgos

RESUMEN

La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de Febrero, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, resultó muy influida en su proceso de elaboración por la crisis económica en curso, hasta el punto de resultar una regulación de protección de los consumidores y sobre todo de la solvencia del sistema crediticio mediante lo que se llamó crédito responsable. Estas circunstancias la han dotado de perfiles innovadores que hacen difícil su transposición a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, especialmente en los aspectos de participación obligatoria en sistemas de resolución alternativa de litigios, y de evaluación obligatoria de la solvencia de los prestatarios.

PALABRAS CLAVE

Crédito hipotecario, Defensa de los consumidores, Resolución alternativa de litigios, Crédito responsable y evaluación de la solvencia.

REFORMAS LEGALES HIPOTECARIAS EN ESPAÑA DESDE EL ESTALLIDO DE LA CRISIS

Isabel Zurita Martín

Universidad de Cádiz

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar un breve repaso a las reformas legislativas llevadas a cabo en España en el ámbito hipotecario, tanto por el gobierno como por el legislador, tras el estallido de la crisis económica. A tal fin, se van describiendo cronológicamente las normas promulgadas, exponiendo resumidamente las medidas que cada una de ellas introduce en nuestra normativa hipotecaria. Se culmina con unas reflexiones críticas sobre las medidas tomadas y sobre los efectos que las mismas han tenido hasta la fecha sobre la situación de los deudores hipotecarios y el mercado financiero.

PALABRAS CLAVE

Préstamo hipotecario, Hipoteca, Desahucio, Dación en pago

EVOLUCIÓN POST-CRISIS DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. UNA PERSPECTIVA COMPARADA IRLANDA-ESPAÑA

Karen Lynch-Shally

National University Ireland (Galway)

ABSTRACT

RESUMEN

Irlanda y España han tenido experiencias semejantes antes de la crisis inmobiliaria y del mercado hipotecario, y, según las singularidades de sus propias legislaciones y autoridades normativas, también han hecho frente a retos similares en un contexto posterior a la crisis. Este artículo examina la evolución de ambas legislaciones nacionales en las respuestas y los efectos jurídicos de la originación del crédito hipotecario con anterioridad a la crisis, y las medidas introducidas para reformar el marco de concesión de préstamos. Se identifican los objetivos comunes de estas medidas y los procedimientos propuestos, para subrayar así las similitudes y distinciones en relación con la forma, los efectos y el ámbito de las previsiones nacionales. El artículo contrapone las medidas irlandesas y españolas dispuestas para mejorar la situación de los deudores hipotecarios y, a pesar de un enfoque común en los préstamos respecto de la residencia habitual, se establece una distinción entre las concretas medidas españolas y las más amplias de Irlanda. No obstante la convergencia entre las medidas sustantivas que regulan las prácticas actuales de préstamo, hay una fragmentación en la aplicabilidad, evidente en el caso español, que no se produce en el contexto irlandés. Este trabajo subraya la capacidad de la normativa europea para incrementar la convergencia de los marcos nacionales en relación con esta fragmentación, mientras identifica una notable y reciente distinción en el impacto de la legislación de la Unión Europea sobre los marcos nacionales existentes.

PALABRAS CLAVE

Hipotecas, Legislación, Protección de los consumidores, Irlanda, España.

¿QUÉ HAY DE MALO EN NUESTRA HIPOTECA?

José Luis Valle Muñoz
Registrador de la Propiedad

RESUMEN

El presente trabajo pretende ser un alegato en favor de la hipoteca, una figura jurídica con más de dos mil años de antigüedad, que ha demostrado ser un instrumento clave para la concesión del crédito y, en consecuencia, para el crecimiento económico. En realidad, no puede hablarse de consecuencias negativas de la hipoteca, pues en puridad los problemas sociales que sufren muchos deudores hipotecarios encuentran su causa tanto en la crisis económica desatada a partir del año 2007, con un crecimiento inesperado del desempleo, como en las conductas inapropiadas que tanto acreedores como deudores adoptaron a la hora de concertar los contratos de préstamo (cláusulas abusivas, mala información, tasaciones desmesuradas, conciencia de que las inversiones inmobiliarias eran seguras, etc.). Por ello, con medidas legislativas que aislen la hipoteca de estas prácticas viciosas, sin duda volverá a ser un motor del crecimiento económico.

PALABRAS CLAVES

Hipoteca, Vivienda habitual, Cláusula abusiva, Consumidor, Procedimiento de ejecución, Registro de la Propiedad, Mercado secundario

CLÁUSULA SUELO: NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA Y PROBLEMAS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

M^o Carmen González Carrasco
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Una vez publicada la Sentencia (Sala 1^a) de 9 de mayo de 2013, las expectativas de las asociaciones de consumidores y sus afectados han quedado muy reducidas. Las cláusulas suelo están permitidas si su transparencia permite al consumidor identificar la cláusula como definitiva del objeto principal del contrato y conocer la distribución de riesgos de la variación del interés. Pero, ¿es posible analizar de oficio la falta de transparencia? ¿Puede convertirse dicha reclamación en el fundamento de una acción colectiva? ¿Es respetuoso con el principio de seguridad jurídica declarar la nulidad por falta de transparencia de una cláusula que cumple con la normativa vigente sobre transparencia bancaria? El presente artículo responde negativamente a estas cuestiones y considera que la respuesta afirmativa por parte de la doctrina del Tribunal Supremo ha provocado una inseguridad jurídica indeseable para el sistema crediticio.

PALABRAS CLAVE

Préstamos hipotecarios a interés variable, Cláusula limitativa del suelo y del techo del interés, Requisitos de transparencia, Nulidad, Seguridad jurídica.

EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Fernando Zunzunegui

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El presente artículo analiza la obligación de evaluar la solvencia del cliente en la concesión de créditos hipotecarios. Tras identificar la normativa aplicable, estudia el contenido de esta obligación como mejor alternativa para prevenir el sobreendeudamiento de las familias. La tesis de este artículo es que la evaluación de la solvencia es una norma de conducta que integra el contrato de acceso al crédito hipotecario. Su régimen es análogo al del test MiFID en la prestación de servicios de inversión. Es una nueva obligación de diligencia cuyo incumplimiento genera la responsabilidad de la entidad por el daño causado al cliente.

PALABRAS CLAVE

Evaluación de la solvencia, sobreendeudamiento, crédito responsable, hipotecas, protección al cliente

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA VIVIENDA EN RELACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

Héctor Simón Moreno
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN

La crisis económica y social de nuestro país ha originado un debate en torno a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular del derecho a la vivienda. A pesar de que este derecho no se considera como un derecho subjetivo ni en la Constitución Española ni en los instrumentos internacionales ratificados por España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tratado alguno de los elementos que integran el derecho a la vivienda gracias a la interpretación de los derechos civiles y políticos regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El presente trabajo explora en qué medida esta doctrina puede ayudar a conseguir una mayor justiciabilidad del derecho a la vivienda en el Derecho español e influir en los desalojos instados tanto por los poderes públicos como por los particulares.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Exigibilidad de los derechos sociales, Derecho a la vivienda, Desahucios, Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¿PUEDE SER EL ALQUILER UNA ALTERNATIVA REAL AL DOMINIO COMO FORMA DE ACCESO A LA VIVIENDA? UNA COMPARATIVA LEGAL PORTUGAL-ESPAÑA-MALTA

Sergio Nasarre Aznar

Universidad Rovira i Virgili

Maria Olinda Garcia

Universidad de Coimbra

Kurt Xerri

Universidad de Malta

RESUMEN

Doctrina y sectores sociales apuestan por la promoción del alquiler como forma de tenencia, en detrimento de la propiedad. A pesar de ello, la propiedad contiene una serie de valores, entre ellos la estabilidad, que la hacen atractiva. Y, a menudo, los arrendamientos urbanos no ofrecen las ventajas y/o garantías suficientes ni para arrendadores ni para arrendatarios para convertirse en una forma de tenencia atractiva de vivienda. Este trabajo analiza los sistemas arrendatarios en España, Portugal y Malta, incluyendo sus últimas modificaciones legales tendentes a la liberalización de la relación contractual, con el fin de determinar si sus arrendamientos urbanos, tal y como vienen legalmente configurados, representan o no una alternativa real al dominio.

PALABRAS CLAVE

Arrendamientos, Dominio, Tenencia, Vivienda, España, Portugal, Malta

LA IGUALDAD DE ARMAS Y LA ASIMETRÍA ACUSACIÓN-DEFENSA EN UN
PROCESO PENAL BASADO EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
(Referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de
Código Procesal Penal de 2013)

Pedro Crespo Barquero

Fiscal de la Sala del Tribunal Supremo

RESUMEN

La eternamente aplazada reforma integral de la Justicia penal en España no debería abordarse con el único objetivo de mejorar la eficacia del sistema de persecución del delito, sino también —e incluso principalmente— como la ocasión de ajustar la estructura y organización del proceso penal a la finalidad primordial que debe cumplir en una sociedad democrática: la preservación de los derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos enfrentados al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y de todos los demás intervinientes en el procedimiento, en especial las víctimas. Para ello es imprescindible la superación de la vieja concepción inquisitiva y la sustitución del actual modelo por otro auténticamente inspirado en los principios de presunción de inocencia e igualdad de armas, que ha de partir de la base de que acusación y defensa son titulares de derechos diferentes. Que ese nuevo sistema responda en su conjunto a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina *un proceso equitativo* exige, por tanto, redefinir de manera asimétrica la posición de las partes en cada fase del procedimiento. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal publicada en 2013 han afrontado ese reto con diferente planteamiento y con desigual resultado.

PALABRAS CLAVE

Reforma del proceso penal, Igualdad de armas, Presunción de inocencia, Principio de contradicción, Proceso inquisitivo y proceso acusatorio, Proceso equitativo, Acusación y defensa, Juicio de acusación, Intervención del acusado en el juicio oral, Doble instancia penal.

CINE Y ARGUMENTACIÓN JURIDICA: ESTRATEGIAS Y TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS Y PARA-ARGUMENTALES DEL ALEGATO JUDICIAL EN LA LITIGACIÓN SOBRE HECHOS

José Calvo
Universidad de Málaga

RESUMEN

Análisis de cuatro documentos filmicos: *In the Name of the Father (En el nombre del padre)* (1993) dirigida por Jim Sheridan; *Julius Caesar* (1957), dirigida por Joseph L. Mankiewicz; *A Civil Action (Acción civil)* (1998), dirigida por Steven Zaillian, y *Time to Kill (Tiempo de matar)* (1996) dirigida por Joel Schumacher. Se seleccionan secuencias donde la litigación sobre hechos muestra su naturaleza de efecto de discurso. Se articulan reflexiones sobre teoría de la argumentación en materia de hechos. Se presentan los ítems constructivos caracterizadores del modelo narrativo, de aplicación a los alegatos iniciales, y conclusivos de acusación y defensa. Se incluyen, asimismo, reflexiones sobre la conducción de la prueba testifical.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la Argumentación, Retórica, Proceso, Hechos como argumentos, Prueba y narración, Retórica de la imparcialidad, Argumento de autoridad, Argumento consecuencialista, Argumento de sacrificio, Argumento a simile, Prueba testifical y narrativa, Franjas para—argumentales: Orden de intervención, Ritmo argumentativo, Ironía, Emotivismo,

EL ΔΟΓΜΑ Y LA DEFINICIÓN DE LEY EN D.1.3.2. A PROPÓSITO DE LA DEFINICIÓN DE DEMÓSTENES

José Miguel Piquer Marí

Universidad de Valencia

RESUMEN

El trabajo que presentamos a lo largo de estas páginas pretende contribuir al ámbito de la epistemología jurídica, concretamente, de su dogmática. Su punto central de análisis es el estudio de la configuración evolutiva del dogma en las fuentes griegas y, de este modo, constatar que, en una aproximación e integración del dogma en el mundo jurídico, éste queda referido a una regla de comportamiento comúnmente aceptada que está formada a partir de opiniones individuales e individualizadas.

PALABRAS CLAVE

Dogma, Evolución, Regla, Opiniones individuales, Acuerdo.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SIGUE CONSIDERANDO INOPERANTE LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA

Raquel Castillejo

Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La crisis en España ha provocado situaciones de gran desolación entre los españoles, producto del gran número de desahucios. El legislador parece haber tratado de paliar la situación a golpe de reformas, todas ellas inconsistentes y alejadas del problema real. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias, instándonos a que reformemos lo ya reformado.

Una de las cuestiones esenciales en toda ejecución hipotecaria es la posible oposición del deudor, la cual pasa por alegar aquellas causas que están enumeradas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entre aquéllas no se hallaba previsto alegar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo del que trajera causa la ejecución, y es precisamente a este respecto que se pronuncia en primer lugar el Tribunal de Justicia.

El legislador español obedece el mandato y procede a reformar lo así exigido, pero sigue primando al acreedor en el procedimiento de ejecución, pues permite, que siendo declarada una cláusula como abusiva, aquél recurra y, sin embargo, en el supuesto de que el tribunal de ejecución estimare que la cláusula no lo es, no permite el recurso al deudor. Semejante reforma provoca la nueva reacción del Tribunal de Justicia quien da un nuevo varapalo a nuestro legislador, el cual espero que no sea el último, pues quedan muchas otras reformas que acometer si queremos, de verdad, que la legislación hipotecaria no siga crucificando al deudor hipotecario.

PALABRAS CLAVE

Deudor, Acreedor, Hipoteca, Desahucio, Ejecución hipotecaria, Cláusulas abusivas, Oposición a la ejecución, Recurso.