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

Mª 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 Marí)

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

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 16/2014
http://teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana B. Campuzano
Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Cardenal Herrera-CEU
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
Owen M. Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
Luis López Guerra
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Angelika Nußberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
Héctor Olásolo
Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal de la Universidad de Utrech (Países Bajos)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
José Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitio web: http://teoriayderecho.tirant.com

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita
Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch
Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Diseño y maquetación: Tink Factoría de Color
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
Hipoteca y vivienda

La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria 10
Sergio Nasarre Aznar

La Directiva Europea del Crédito Hipotecario 38
José María de la Cuesta Saenz

Reformas legales hipotecarias en España desde el estallido de la crisis 52
Isabel Zurita Martín

Post-crisis evolution of the mortgage legislation. A comparative perspective Ireland-Spain 76
Karen Lynch-Shally

¿Qué hay de malo en nuestra hipoteca? 98
José Luis Valle Muñoz

Cláusula suelo: nulidad por falta de transparencia y problemas de inseguridad jurídica.. 116
Mª Carmen González Carrasco

Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios 140
Fernando Zunzunegui

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español 162
Héctor Simón Moreno

¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta 188
Sergio Nasarre Aznar, 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) 218
Pedro Crespo Barquero

Cine y argumentación jurídica: estrategias y técnicas argumentativas y para-argumentales del alegato judicial en la litigación sobre hechos 280
José Calvo

El *ΔΟΓΜΑ* y la definición de la Ley en D.1.3.2. A propósito de la definición de Demóstenes 308
José Miguel Piquer Marí

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue considerando inoperante la reforma de la Ley hipotecaria 324
Raquel Castillejo

VARIA

Actas del Congreso *"La crisis de la Dogmática: Nuevas Perspectivas"* 348
Emiliano Borja

SUMMARY

DISSCUSION
Mortgage and Housing

Homeownership as the cause and the victim of the mortgage crisis 10
Sergio Nasarre Aznar

The European Directive Of Mortgage Credit..... 38
José María de la Cuesta Saenz

Legislative reforms in Spain since the outbreak of the economic crisis 52
Isabel Zurita Martín

Post-crisis evolution of the mortgage legislation. A comparative perspective Ireland-Spain 76
Karen Lynch-Shally

What´s wrong with our mortgage? 98
José Luis Valle Muñoz

"Floor" clause. Nullity for lack of transparency and alteration of the system of the legal sources 116
Mª Carmen González Carrasco

Assessment of the creditworthiness in the mortgage lending..... 140
Fernando Zunzunegui

The Jurisprudence of the European Court of Human Rights about housing in relation to the Spanish Law 162
Héctor Simón Moreno

May tenancies be an effective alternative to ownership as a way to access to home? A legal comparative Portugal-Spain-Malta..... 188
Sergio Nasarre Aznar, María Olinda García y Kurt Xerri

STUDIES

Equality of arms and asymmetry prosecution-defence in criminal proceedings based on the presumption of innocence (Reference to the Bill of Criminal Procedure of 2011 and the Draft Criminal Procedural Code 2013) 218
Pedro Crespo Barquero

Cinema and legal reasoning: strategies and argumentative and para-argumentative methods of the judicial argument regarding the litigation of facts..... 280
José Calvo

The *ΔΟΓΜΑ* and the definition of law in D.1.3.2. Regarding Demostenes' definition... 308
José Miguel Piquer Marí

The Court of Justice of the European Union still considers the reform of the Mortgage Act inoperative 324
Raquel Castillejo

VARIA

Congress Acts: 'The Crisis of Dogmatics: New Trends' 348
Emiliano Borja

DEBATE

Hipoteca y vivienda

La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria
Sergio Nasarre Aznar

La Directiva Europea del Crédito Hipotecario
José María de la Cuesta Saenz

Reformas legales hipotecarias en España desde el estallido de la crisis
Isabel Zurita Martím

Post-crisis evolution of the mortgage legislation. A comparative perspective Ireland-Spain
Karen Lynch-Shally

¿Que hay de malo en nuestra hipoteca?
José Luis Valle Muñoz

Cláusula suelo: nulidad por falta de transparencia y problemas de inseguridad jurídica
Mª Carmen González Carrasco

Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios
Fernando Zunzunegui

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español
Héctor Simón Moreno

¿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, María Olinda García, Kurt Xerri

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

HOMEOWNERSHIP AS THE CAUSE AND THE VICTIM OF THE MORTGAGE CRISIS

Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar

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

ABSTRACT

Behind the systemic crisis originated in the United States of America in 2007 there are legal issues related to the lack or the inefficiency of the typical elements of a modern system of land credit: effective land register, banking system and mortgage securities. Generalization of homeownership has been identified as one of the causes of the crisis origination and now homeownership is suffering its consequences; that is, that which is changed in its financial aspect, affects also its human right one and vice-versa. The article studies how all this is influencing the way by which housing is perceived in current Spanish private legal system, which traditionally has had not paid much attention to it. Moreover, the article stresses that relying on homeownership as the single type of housing tenure entails certain risks, some coming from institutions such as the reverse mortgage or the externalities it causes to other fields of social reality, such as employment. New intermediate tenures in Catalonia are pointed out as possible alternative housing tenures.

KEYWORDS

Housing, Crisis, Mortgage market, System of land credit, Securitization, Reverse mortgage, Homeownership, Tenancy, Intermediate tenures

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

Sergio Nasarre Aznar
Catedrático de Derecho Civil
Director de la Cátedra de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili

Sumario: 1. La vivienda en propiedad: origen y víctima de la crisis. 2. La vivienda en propiedad en el origen de la crisis. La deficiente regulación del mercado hipotecario norteamericano. 3. La vivienda como víctima de la crisis: las medidas que la van perfilando como objeto del Derecho. A. Aproximación al concepto de "vivienda". B. La vivienda como una entidad física, como una construcción. C. La vivienda como un territorio a proteger… aunque no siempre. D. La vivienda como identidad. La vivienda está donde está el corazón. 4. La vivienda en propiedad puesta en cuestión. A. La hipoteca inversa como riesgo para el dominio y externalidades negativas de éste. a) Los riesgos de la hipoteca inversa. b) Vivienda en propiedad, economía sumergida y tasa de desempleo. B. Las tenencias intermedias. 5. Conclusiones. Nota bibliográfica

1. LA VIVIENDA EN PROPIEDAD: ORIGEN Y VÍCTIMA DE LA CRISIS

Tras siete años desde el inicio de la crisis sistémica a nivel mundial, es evidente que la vivienda ha tenido y tiene aún un papel central en ella.

Tal y como ya he explicado en alguna ocasión[1], dos son las causas básicas que han provocado la originación y globalización de la crisis hipotecaria que empezó en 2007 y que aún arrastramos: la generalización desmesurada de la vivienda en propiedad (tanto en Estados Unidos —originación— como en los países europeos más afectados, como España, Portugal e Irlanda —generalización—) y la titulización inadecuada de las hipotecas que la financiaban en Estados Unidos.

En cualquier caso, se trata de un proceso que se inició con un concepto de "vivienda como activo financiero" (para ser hipotecado, para ser luego titulizado) y que acaba con un concepto de "vivienda como necesidad básica" (algo cuya pérdida afecta enormemente en las familias). Esto evidencia que aunque el con-

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda" del Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2012-31409.

cepto de "vivienda" puede ser estudiado desde diferentes perspectivas y cubre diferentes necesidades e intereses, al final, constituye un espacio físico que sufre las consecuencias de una multitud de factores jurídicos que confluyen. Y estos factores se encuentras de algún modo interrelacionados, de manera que algo que altere uno de ellos afecta al resto.

Así, diversos cambios se han sucedido en la normativa jurídico-privada española a raíz de la crisis y que afectan, de un modo u otro, a las relaciones jurídico-financieras que se dan a un lado y al otro de cada uno de los pasos en la relación prestatario-prestamista-titulizador-inversor (ver Figura 1 *infra*), teniendo en cuenta que los inversores en el proceso de titulización dotan de liquidez especializada a las entidades de crédito para que sigan prestando (y la crisis que persiste en 2014 en la banca española es precisamente una crisis de liquidez). Veamos dos ejemplos:

a) Desde la Ley 2/1981, del mercado hipotecario[2] (en adelante, LMH) existía en su art. 5.3 una "súper" acción de devastación[3] que tenía como finalidad dar máximo valor y estabilidad a las hipotecas que se titulizaban a través de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (valores hipotecarios), de manera que el prestamista hipotecario podía exigir garantías adicionales y, si no, la devolución íntegra del préstamo si el valor del inmueble caía un 20% por cualquier motivo, incluso si no dependía de él (diferencia importante con el art. 117 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH). Con la llegada de la crisis, este fenómeno se comenzó a dar masivamente: muchísimas viviendas se devaluaron, por razones de mercado, incluso más que ese 20%, causando inquietud entre los propietarios hipotecados. Pues bien, este precepto, pensado para dar una mayor solidez al mercado financiero de valores hipotecarios, fue derogado por la Ley 1/2013, 14 mayo, de protección de deudores hipotecarios[4].

b) El debate sobre la introducción o no de la dación en pago forzosa por el deudor[5] versa precisamente sobre la tensión entre dejar al deudor sin deudas ulteriores, independientemente del valor de la finca en el momento de la ejecución (¿qué sucede si ésta vale más de lo que aún se debe?). De admitirse, afectaría a la fortaleza de los préstamos hipotecarios a efectos de titulización (es decir, a la refinanciación de los prestamistas), provocando al impacto negativo sobre las condiciones más estrictas en los préstamos hipotecarios futuros y la aparición de *walkers*[6]. El legislador español ha optado por la fórmula intermedia al aceptarlo (oculto tras el "Código de Buenas Prácticas") para los deudores hipotecarios en umbral de exclusión en el RDL 6/2012, 9 marzo[7]. Un debate similar se establece al introducirse legalmente moratorias en los lanzamientos, como la del RDL 27/2012, 15 noviembre[8]: los inversores en valores hipotecarios, por acción sobrevenida del legislador, no pueden en dos años realizar el valor de los inmuebles que cubren sus valores. Debemos preguntarnos, pues, ¿hasta qué punto está todo esto afectando esto a la credibilidad internacional de nuestras entidades de crédito y, por lo tanto, a su negocio de préstamo en España?

La Comisión Europea[9] ha dicho recientemente para España que: "La implementación de la ley sobre desahucios, y cualquier otra acción en este campo, continua teniendo un importante impacto en la estabilidad financiera a nivel nacional y regional. Los diferentes marcos legales sobre vivienda a nivel nacional y regional y la incertidumbre legal de las reglas a aplicar puede afectar al valor del inmueble hipotecado y a la estabilidad de los mercados financieros. Además, estos efectos pueden tener subsiguientes repercusiones en los balances y obligaciones de provisión de las instituciones de crédito y en el flujo de crédito a la economía y al funcionamiento del Sareb. Por ello, se anima a las autoridades españolas de todos los niveles a monitorizar la implementación de la ley de desahucios con vistas a apoyar la estabilidad financiera".

Por lo tanto, afirmar que todos los desahucios deben cesar, o que la dación en pago debe ser admitida universalmente, o, por el otro

lado, que las entidades de crédito deben tener más privilegios para desahuciar más rápido o que puedan añadir cualquier tipo de cláusulas o producto financiero complejo a los préstamos hipotecarios[10], podría implicar desajustes en la relación prestatario-prestamista-titulizador-inversor.

Este trabajo, pues, analiza los aspectos financieros que dieron lugar a la originación de la crisis en Estados Unidos y su posterior globalización, para luego centrarse en los cambios legales operados en España para ir acomodando el concepto de "vivienda" en el ámbito "jurídico-privado" y darle una mayor protección a raíz de ésta. Es decir, evidencia esta interrelación entre la vivienda-activo y vivienda-derecho humano: todo lo que se altera a un lado de la relación, afecta a la otra recíprocamente.

Así sucede con la desaparición de la "súper acción de devastación" (a cambio de menos riesgo para los deudores hipotecarios) o con la pretendida "dación en pago universal" (no introducida, a cambio de mantener la eficacia de nuestro sistema hipotecario) pero, y así lo comentaremos, también ocurre con la introducción en 2007 de la hipoteca inversa (más negocio bancario vs mayor vulnerabilidad de los deudores hipotecarios), la promoción de la vivienda en propiedad (mayor negocio y estabilidad vs mercado laboral, espacio social y emprendeduría) o con la regulación de la vivienda familiar (derecho de obligaciones vs derecho de familia).

2. LA VIVIENDA EN PROPIEDAD EN EL ORIGEN DE LA CRISIS. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO NORTEAMERICANO

La Figura 1 nos muestra el esquema del marco legal en el que se ha movido la originación hipotecaria y su titulización en Estados Unidos, y ayuda a comprender lo que ha sucedido luego en España y en gran parte de Europa.

Básicamente nos encontramos en un sistema desregularizado, sin tan siquiera normas básicas actualizadas que están presentes en cualquier moderno sistema de crédito territorial[11]; como son un eficaz sistema de registro de la propiedad inmueble, un fuerte sistema bancario y un sistema de titulización que funcione. Estos tres ejes son centrales para comprender cómo ha podido generarse el *boom* inmobiliario y luego el *crash* porque tienen que ver, respectivamente, con: la certeza del dominio y las cargas (básicamente, la fortaleza del *collateral* o garantía y de la finca sobre la que recae), el sistema financiador (ej. la inexistencia de un banco hipotecario en España hasta 1872 lastró sobremanera el funcionamiento de nuestro crédito territorial; el mismo efecto puede producir un sistema bancario ineficiente) y el sistema refinanciador (sin valores hipotecarios fuertes, es decir, refinanciación hipotecaria especializada y no dependiente de depósitos, el riesgo de *lending long-borrowing short* está permanentemente presente).

De este modo, tenemos:

a) **Registro de la Propiedad**. Estados Unidos carece de un Registro de la Propiedad único y federal[12], rigiéndose algunos de ellos por normas que se remontan al s. XVIII. Lo más parecido al "registro de la propiedad" europeo siguen siendo los *County Recorders*. Estos registros tienen como base cada *county* o *county equivalent*[13], teniendo en cuenta que existen 3.143 *counties* o *county equivalents en los Estados Unidos*[14]. Esta diversidad geográfica se traslada a una diversidad en los estándares de la llevanza de los asientos y de su operativa, haciendo la inscripción y la búsqueda de asientos en dichos registros condales costosa tanto en términos de dinero como de tiempo y a menudo no especialmente fiable[15]. Una parte de la doctrina ha calificado a los registros de los condados como "*a terribly cumbersome, paper-*

intensive, error-prone, and therefore costly process for transferring and tracking mortgage rights"[16]. Aunque su finalidad es dar fe pública (protección únicamente del tercero oneroso de buena fe) una serie de limitaciones lastran su eficacia, como sistemas de "conocimiento" (*notice*) diferentes[17] o que sean un registro de colección de documentos en lugar de colección de títulos y, además, de base personal[18]. A ello cabe añadir que dado que muchos condados siguen llevando los registros en papel, las búsquedas deben hacerse, por ejemplo, por parte del prestamista, en la lista de los que han recibido títulos en orden cronológico inverso hasta que surge el nombre del prestatario (propietario) para comprobar si éste consiguió efectivamente la finca de otro, el cual a su vez se busca de quien recibió la finca y así remontándose hasta encontrar una raíz válida del título. Y luego, el prestamista efectúa una segunda búsqueda en el otro listado para hallar si alguno de los propietarios pasados o presentes habían enajenado o gravado la finca a un tercero antes que aceptar la hipoteca sobre la finca del prestatario para eliminar cualquier posibilidad de que un tercero tenga un derecho prioritario inscrito[19]. Es decir, se convierte en un sistema poco eficaz y eficiente.

b) El **sistema bancario** norteamericano. Tradicionalmente, es estructuralmente débil[20] por lo atomizado y poco diversificado (financiera y geográficamente) de sus operaciones, hasta el punto de que en la crisis de los depósitos de finales de los 80 y principios de los 90 (*lending long, borrowing short*) del siglo XX quebraron unas 2.000 entidades de crédito[21]. La creación de las tres GSEs (ver Figura 1) fue, precisamente, reacción a esto, para evitar la gran dependencia en los depósitos de las atomizadas entidades de crédito (y, por lo tanto, de los avatares de la economía local), centralizando la titulización mediante la adquisición masiva de préstamos hipotecarios, su agrupación y emisión a nivel internacional. Desde finales de 2007 a abril de 2010 han quebrado 129 bancos y S&L en Estados Unidos, más 26 cooperativas de crédito entre abril de 2007 y septiembre de 2009[22]. Creo que FRANKEL[23] lo expone bien: el sistema financiero norteamericano basado en innovación, competitividad, transparencia y persecución (por parte de la SEC, como reguladora del mercado), a la luz de los hechos, ha fracasado y debe ser revisado.

c) El débil **marco legal de la titulización.** Durante estos años no ha existido en Estados Unidos una ley única sobre titulización, al estilo por ejemplo de nuestra LMH, de manera que ha funcionado con la "libertad" que le ha facilitado un sistema legal parcheado e incompleto, que confía básicamente en la voluntad de las partes, en los contratos. Así, para que las GSEs pudiesen adquirir las hipotecas de las entidades prestamistas con el fin de que éstas pudiesen refinanciarse adecuadamente y reducir su riesgo de impago (y quiebra), se generó la subsiguiente necesidad de estandarizar dichas hipotecas (para facilitar las transacciones y posterior agrupación en *pools*), bajar su nivel de exigencia para generalizar el préstamo (política de generalización de vivienda en propiedad) y, sobre todo, "relajar" las reglas para ceder millones de hipotecas sin necesidad de acudir a las normas tradicionales del *common law* (ej. en ocasiones, cesión de crédito —*promisory note*— e hipoteca) y del sistema registral descrito (ej. necesidad de inscribir cada cesión), al parecer "excesivamente" rigoristas para la industria financiera. Piénsese, no obstante, que esta línea de razonamiento no está muy alejada de la "invención" de las participaciones hipotecarias ya en 1981 de nuestro art. 15 LMH en relación con el art. 149 LH[24]. Con la finalidad de "relajar" las normas registrales nació MERS[25]. Si esto pasó en la originación y cesión de hipotecas, lo mismo puede predicarse de la indefinición legal de las GSEs, del "blindaje" de las "opiniones" de las agencias de calificación y, en general, de la desregularización bancaria y financiera[26].

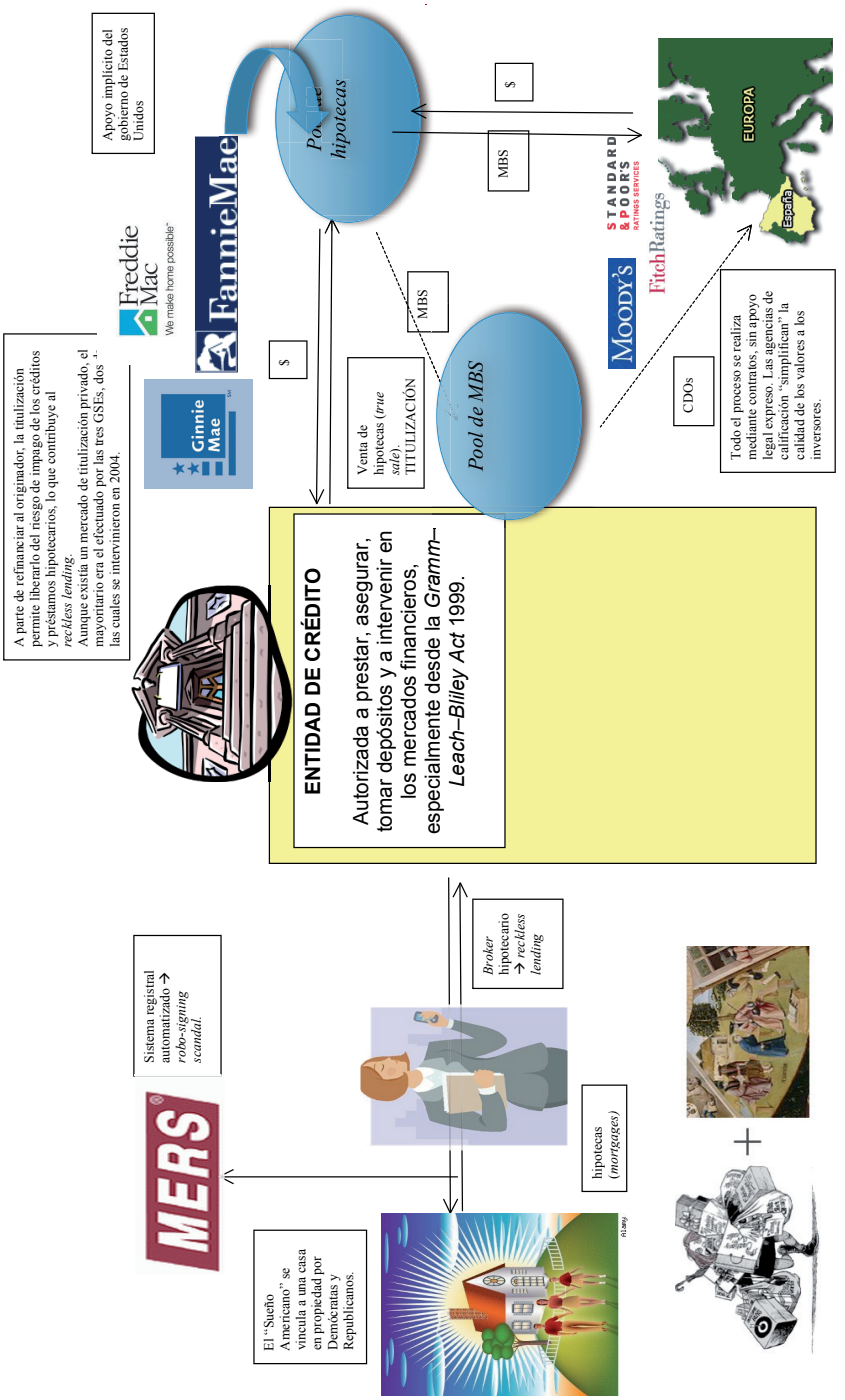

Figura 1. Un proceso de titulización hipotecaria estándar en Estados Unidos, destacándose protagonistas y situaciones que han posibilitado la originación e internacionalización de la presente crisis. Fuente: elaboración propia.

Es transversal a estos tres factores un cuarto imprescindible para comprender cómo se ha desencadenado esta "tormenta perfecta", atendiendo a los pocos corsés jurídicos que tenía el mercado hipotecario en Estados Unidos: el objetivo político de la generalización descontrolada de la vivienda en propiedad. Este objetivo ha sido compartido por los responsables políticos españoles desde la Guerra Civil hasta, por lo menos, 2013, año en el que el Plan estatal de Vivienda 2013-2016 apuesta únicamente por el alquiler y la rehabilitación y año en el que se reforma la LAU y la normativa hipotecaria de manera sustancial[27].

Efectivamente, tanto el partido Republicano como el Demócrata estadounidenses tenían como objetivo la generalización de la vivienda en propiedad y, en definitiva, como la mejor forma de vida. Bill Clinton decía en 1994[28] que: *"Más americanos deberían tener sus propias casas, por razones que son económicas y tangibles, y razones que son emocionales e intangibles, pero que van al corazón de lo que significa albergar, alimentar, expandir el Sueño Americano"*. Con este mensaje en mente, los norteamericanos concibieron a la vivienda como una mera *commodity* más, que podían/debían adquirir, si querían conseguir su ansiado "Sueño Americano".

No obstante, la concesión de préstamos hipotecarios a personas sin patrimonio, sin ingresos o, incluso, sin trabajo (NINJA), conlleva un alto riesgo de impago (*credit default risk*) que naturalmente ninguno de los prestamistas institucionales norteamericanos tenía intención de asumir, más teniendo en cuenta que la última gran crisis bancaria norteamericana acabó con más de 2.000 bancos quebrados, lo que ya había revelado, como se ha dicho, lo frágil y atomizado de su sistema bancario.

Fue así como en los años 70, el gobierno norteamericano alentó y fomentó la creación de tres grandes sociedades (Fannie Mae, Freddie Mac y Ginnie Mae, las GSEs o *government-sponsored enterprises*) que se encargarían de adquirir todos los préstamos hipotecarios de los prestamistas. Éstos, para llegar a todos los ciudadanos, no dudaron en contratar los servicios de los *brokers* hipotecarios, los cuales cobraban a comisión por préstamo cerrado, lo que claramente incentivó las malas prácticas crediticias (*reckless lending*).

No obstante, esta transmisión de cientos de miles, millones, de créditos hipotecarios a básicamente tres entidades (existía —ya es realmente anecdótico desde 2007— también un mercado privado de titulización, pero era muy minoritario en relación al volumen de la actividad de las "tres grandes") no podía hacerse con sencillez, dado que, como hemos comentado, el sistema registral norteamericano es arcaico. De manera que lo hicieron a través de MERS (registro de la propiedad privado creado por la gran industria del mercado hipotecario), pero con el problema de que a través de MERS solo se cedía la hipoteca y no el préstamo (*promisory note*). Esto no entrañaba especial problema, hasta que llegaron las ejecuciones y algunos tribunales no dejaron a MERS ejecutar, forzándola (a ésta y a sus socios) a forjar documentos falsos de títulos de crédito, lo que fue conocido en 2011 como el *robo-signing scandal*.

Pues bien, sorteada la dificultad de la transmisión masiva de créditos hipotecarios (algo tampoco bien resuelto en España[29], ni, en general, los países que más han venido utilizando la titulización, como Francia o el Reino Unido), Fannie Mae, Freddie Mac y Ginnie Mae debían buscar la manera de financiar todas estas adquisiciones masivas. Y lo hicieron a través de la emisión de MBS (*mortgage-backed securities*). Y, naturalmente, los adquirentes de MBS deberían estar dispuestos a recibir por ellas unos rendimientos menores de los que les correspondería por su riesgo real. Y dado que todo se hacía contractualmente, sin una ley especializada que avalase todo el proceso, era muy difícil mostrar el riesgo que entrañaban las MBS, más cuando éstas aún se estructuraban más y se agrupaban financieramente para emitir CDOs (*collateralized debt obligations*).

Para conseguirlo, necesitaban dos cosas. Primera, conseguir mostrar que sus MBS contaban con el respaldo del gobierno de Estados Unidos, de manera que se mostrasen garantizadas, seguras. Segunda, que terceros evaluasen el riesgo de dichos valores de manera comprensible para el mercado. De este modo, las tres GSEs comercializaron sus valores hipotecarios "con la garantía implícita" del Gobierno de Estados Unidos y contaron con la labor de los *gatekeepers* privados, las tres grandes agencias de calificación (Moody's, Standard & Poor's y Fitch Ratings), que consistía básicamente en "valorar" el riesgo de cobro financiero las MBS (entre otros valores, empresas países, etc.). Resultó finalmente, que Fannie Mae y Freddie Mac tuvieron que ser intervenidas en 2004 por el Gobierno norteamericano y colocadas bajo tutela, dado que el supuesto apoyo implícito del Gobierno era totalmente insuficiente para cubrir la enorme deuda que habían contraído. Y también resultó muy dudosa la labor de las tres agencias de calificación (blindadas de responsabilidad civil desde los inicios de los 80), puesto que no se limitaban —pese a sus *disclaimers*— a valorar las emisiones según si se cumplirán las expectativas de cobro de los inversores sino que colaboraban con los emisores para "convertirlas" en "triples A", de manera que entran en el ámbito de la "representación fraudulenta" (*misrepresentation*) de la realidad, lo que poco a poco va quedando revelado en el caso Calpers. Éste es el mayor fondo de pensiones de Estados Unidos que perdió $800 millones entre 2006 y 2007 al realizar inversiones confiando en los *ratings* de las tres agencias. Mientras que con Fitch llegó hace unos meses a un acuerdo a cambio de información privilegiada y desistió de la demanda, ésta prosigue en abril de 2014 contra Moody's y S&P's[30].

El hecho es que estas MBS y CDOs, "convenientemente" evaluadas y con el supuesto respaldo del gobierno norteamericano, fueron vendidas a inversores institucionales internacionales, entre ellos grandes bancos europeos, especialmente alemanes, franceses y británicos. Las MBS funcionan, en cuanto al riesgo de impago (*default risk*) con un sistema *pass-through*, es decir, que quienes sufren las pérdidas que se generan al inicio de la cadena (recordemos, los préstamos hipotecarios) son los tenedores de las MBS y CDOs. El sistema de titulización hipotecaria es ideal para Estados Unidos: mientras funciona, toda la financiación que necesitan sus entidades de crédito venía de inversores internacionales, al tiempo que cuando se suceden los impagos son estos mismos quienes los sufren.

Y esto es precisamente lo que sucedió a mediados de 2007. La maquinaria de concesión sucesiva de préstamos hipotecarios norteamericana quedo súbitamente parada cuando los prestamistas se negaron a refinanciar más los préstamos hipotecarios existentes, especialmente los más arriesgados (*sub-prime*). Éstos eran, básicamente, los que superaban el 80% LTV y, más concretamente, las denominadas *piggy-back mortgages*, aquéllas que se concedían sobre el 20% LTV restante de una hipoteca *prime*. Y tal negativa fue debido a que los precios del mercado inmobiliario se estancaron y ya no subían más, lo que impedía refinanciar los préstamos a unos prestatarios acostumbrados a ello. Piénsese que el "sistema de consumo" general norteamericano está basado en un endeudamiento continuo de sus ciudadanos, controlado por otras tres grandes compañías (TransUnion, EquiFax y Experian).

En cualquier caso, parada abruptamente la refinanciación de préstamos hipotecarios, éstos se empezaron a impagar. Naturalmente, aquéllos que sufrían la pérdida financiera por el impago no eran los prestamistas, puesto que habían cedido sus hipotecas a las tres GSEs, ni éstas, puesto que habían emitido las MBS y luego reestructuradas en CDOs; eran los adquirentes de estos valores los que, de repente, vieron como sus triples A se convertían en valores especulativos, que habían perdido todo su valor en el mercado (nadie los quería), de manera que sufrieron grandes pérdidas contables (*write downs*). De este modo, las pérdidas globales de los bancos internacionales y de otras entidades financieras derivadas de los

valores titulizadores norteamericanos se estimó en un primero momento (2009) en $2,7 billones[31]. En Europa, tres grandes bancos británicos perdieron 31,8 miles de millones de dólares; dos grandes bancos suizos perdieron, a su vez, 62,3 mil millones de dólares y otros 41,1 miles de millones de dólares perdieron tres grandes bancos alemanes hasta diciembre de 2008, todo ello debido directamente a la crisis *sub-prime* norteamericana[32].

Evidentemente, el mercado hipotecario estadounidense también se vio altamente perjudicado, debido a no poder seguir vendiendo sus MBS y CDOs en el mercado internacional, de manera que cesó inmediatamente la refinanciación y adquisición de préstamos por las GSEs, que se sumó a la situación de intervención que, como hemos dicho, sufrían éstas desde 2004. Esto acabó de colapsar la concesión de préstamos y refinanciación, provocando sonoras quiebras o intervenciones como las de grandes aseguradoras de préstamos hipotecarios (ej. AIG[33]), provocando aún más impagos de préstamos, más ejecuciones, más recalentamiento del mercado inmobiliario norteamericano y bajada de precios, más *walkers* (los prestatarios en *negative equity* que impagan los préstamos aún pudiendo pagar), y más debilidad del sistema hipotecario y de las MBS y CDOs emitidas, entrando en una espiral de crisis global de la cual, curiosamente, no se han resentido, al menos públicamente, las agencias de calificación, mientras que la titulización norteamericana y, en consecuencia, la internacional, aún no se ha recuperado.

3. LA VIVIENDA COMO VÍCTIMA DE LA CRISIS: LAS MEDIDAS QUE LA VAN PERFILANDO COMO OBJETO DEL DERECHO

El art. 47 de la Constitución Española (en adelante, CE) no define qué es una vivienda. A pesar de ello, esto no ha impedido al legislador desarrollarlo, por un lado a través del derecho privado (ej. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos de 1994[34] —en adelante, LAU— y LH) y, por otro, a través del derecho público (ej. planes estatales de vivienda). Es decir, se ha hecho "política" privatista y publicista de vivienda sin saber exactamente lo que es.

Además, tampoco puede extraerse un concepto unitario de "vivienda" para España. Lo más aproximado lo hallamos en la normativa sectorial (LAU[35], tributaria[36], etc.) y en la autonómica[37]. Existen, incluso, documentos a nivel internacional[38] que se aproximan a dicho concepto. Lo que sí queda evidenciado es que cada norma se refiere a "vivienda" como a una cosa distinta, con requisitos y componentes diferentes.

Nos aproximaremos en este punto a cómo la vivienda, como objeto del derecho, se ha ido moldeando a raíz de la crisis. Piénsese, por ejemplo, que antes de la Ley 1/2013 no existía a nivel legal (sí algunas cuestiones parciales a nivel financiero, por ejemplo, el art. 5.2 LMH, o a nivel registral, por ejemplo, en el art. 91 Reglamento Hipotecario, RH[39], el art. 107.11 LH sobre la hipotecabilidad de los pisos en propiedad horizontal o la DA 1ª Ley 41/2007 que requiere que se ha vivienda habitual el objeto de la hipoteca inversa[40]) diferencia relevante alguna (ej. mayor protección del deudor hipotecario) entre hipotecar una primera o una segunda residencia o un local comercial[41]. Lo sigue sin diferenciar el Código Civil en sus preceptos, salvo excepciones, como, por ejemplo, cuando se refiere a conceptos como "vivienda familiar" en el ámbito del Derecho de familia. Véase, incluso, la cuestionable reciente STC 4-11-2013[42], en la cual el TC evita aplicar el caso *Yordanova et al vs Bulgaria* 24-4-2012[43] señalando que el caso *sub iudice* no tenía nada que ver con la discriminación racial, sin entrar en relacionar el art. 18.2 y art. 8 Convención Europea de Derechos Humanos (ambos sobre intimidad e inviolabilidad del domicilio) con los arts. 39 (protección de la familia y meno-

res) y 47 CE; es decir, el TC no encontró relación entre los conceptos de desahucio, domicilio, vivienda y familia.

Lo que sí que conocemos, hasta cierto punto, son los efectos negativos sobre la vivienda en propiedad. En estados Unidos, en 2006, la tasa de ejecuciones hipotecarias residenciales se situaba en el 1%, subiendo en 2010 al 4,63%. La tasa de dudosidad (*delinquency*; al menos un mes impagado, sin tener en cuenta las hipotecas en ejecución) media se establecía en el 8,57%, también a finales de 2010[44], siendo de un 23% para las *subprime*[45]. En 2014, la dudosidad de las hipotecas residenciales se sitúa en el 6,11% y las ejecuciones hipotecarias residenciales en marcha en el 2,65%, en tanto que las iniciadas están ya a niveles de 2006[46]. Según FOX[47] para aquellos propietarios, especialmente aquellas personas de ingresos bajos, minorías y vulnerables, que han perdido o van a perder su vivienda y con ella todos los valores y aspectos asociados, se ha convertido en una "Pesadilla Americana".

En Europa aún no existen datos claros del impacto de la crisis en las ejecuciones hipotecarias de vivienda de las familias. Una primera percepción[48] es que mientras en unos países las ejecuciones han subido perceptiblemente debido a la crisis (ej. España), otros, también muy afectados, no ha subido tanto, como Irlanda, Portugal o Chipre.

En España, la tendencia de la dudosidad es contraria a la que se experimenta en Estados Unidos, que alcanzó su máximo en 2009 (alrededor del 9%) pero que, como se ha dicho, ha bajado desde entonces, situándose en 2014 en el 6,11%. Así, mientras que la dudosidad de hipotecas sobre vivienda familiar en España se situaba en 2010 alrededor del 2,5%, en marzo de 2014 se sitúa en el 6,28%[49].

A. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "VIVIENDA"

Siguiendo el completo estudio de FOX[50], hay diferentes dimensiones para comprender el concepto "vivienda" (*home*, entendido como el lugar donde uno vive permanentemente). Parece que la vivienda/hogar = refugio + factor x. Aunque parece importante determinar cuál es el "factor x" (elemento moral o espiritual), el "factor refugio" (*shelter*) es esencial, porque es el aspecto material de la ecuación. Este último da el soporte físico, mientras que el "factor x" le da al usuario o al inversor un valor adicional (lo que la vivienda representa para ella), que se añade al valor físico. Esta distinción es importante, por ejemplo, para utilizar el concepto de "sinhogarismo" en lugar del concepto "sintecho" para definir a aquellos que carecen de vivienda: la persona desahuciada está perdiendo algo más que su "refugio", pierde su vivienda, su hogar[51].

Persiste la duda de si el término "vivienda" utilizado en el art. 47 CE incluye la idea de "hogar" que aquí utilizamos[52]. La interpretación de este derecho es tan compleja que el TS ha interpretado que "vivienda digna y adecuada" es un concepto jurídico indeterminado (STS 17-7-1990[53]), al tiempo que tanto el TS como el TC han considerado al art. 47 CE como un principio programático, que no puede ser protegido como derecho fundamental (STS 31-1-1984[54], ATC 20-7-1983[55] y ATS 4-7-2006[56]).

En cualquier caso, debemos reconocer que para tratar adecuadamente desde un punto jurídico a la vivienda, tenemos que tener en cuenta su carácter multidimensional: es una construcción, un territorio a proteger y una identidad. Veamos cómo nuestro derecho trata a la vivienda desde cada una de las perspectivas.

B. LA VIVIENDA COMO UNA ENTIDAD FÍSICA, COMO UNA CONSTRUCCIÓN

De acuerdo con el Comentario General núm. 4 de el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (ONU-DESC)[57], la "adecuación" de una vi-

vienda es una cuestión compleja, dado que cubre multitud de aspectos, como la estabilidad en la tenencia, su asequibilidad y su adecuación cultural. Su adecuación física también se considera un elemento clave: la vivienda debe ser habitable, accesible, con disponibilidad de servicios, con materiales adecuados, infraestructura y localización.

Diversos aspectos relacionados con la adecuación física han sido tratados desde el derecho privado. Mencionamos dos casos:

a) No fue hasta 1999 cuando España adoptó una legislación completa y, hasta cierto punto, clara, en relación a las obligaciones y responsabilidades en relación a la adecuación de la construcción de edificios. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación[58] puede considerarse un acierto, al sistematizar la tradición jurisprudencial sobre la responsabilidad de la construcción basada en el escueto art. 1591 CC, aunque desde luego, hay margen para la mejora en diversos aspectos. Como ejemplo, la SAP Tarragona 20-12-2011[59] evidencia que, tras 12 años, los roles de los profesionales que toman parte en el proceso constructivo aún no están debidamente diferenciados. En relación a la calidad de la construcción, el 29-3-2006 entró en vigor el Código Técnico de la Edificación, que sistematizaba de manera omnicomprensiva los requisitos constructivos. Esta medida, no obstante, llegó tarde, dado que el *boom* inmobiliario (1995-2007) estaba a punto de finalizar[60].

b) El art. 2 LAU claramente especifica que la vivienda debe ser "habitable" para ser objeto de arrendamiento urbano. No obstante, no da ningún criterio para fijar dicha "habitabilidad". En las CCAA con "cédulas de habitabilidad" los requisitos para su obtención pueden servir para guiar las condiciones de habitabilidad mínimas. Así, por ejemplo, según art. 26.2 Ley 18/2007, de vivienda de Cataluña, es necesario disponer de cédula de habitabilidad para alquilar o vender una vivienda (sus características están en D 141/2012, 30 octubre[61]). De este modo, en las SSTS 9-5-1996[62] y 3-6-2003[63] se apreció un *aliud pro alio* y una anulación por error obstativo por ausencia de condiciones de habitabilidad en viviendas compradas por falta de la cédula correspondiente. No obstante, en la SAP Valencia 5-6-2006[64] se consideró suficiente que el inmueble fuese habitable según las convenciones sociales, aunque no tuviese la cédula. Por último, debe destacarse el nuevo (desde Ley 4/2013) art. 17.5 LAU que altera, en cierto modo, al art. 2.1 LAU al autorizar un arrendamiento urbano si se hace con finalidad de rehabilitación, a pesar de que la vivienda no cumpla las condiciones de habitabilidad.

C. LA VIVIENDA COMO UN TERRITORIO A PROTEGER… AUNQUE NO SIEMPRE

El derecho civil español ha previsto tradicionalmente una serie de mecanismos para la protección de la propiedad y de la posesión de las fincas. Así, para los propietarios no poseedores contra poseedores no propietarios está la acción reivindicatoria (art. 348.2 CC); y para los poseedores legítimos, sean o no propietarios, se les conceden las posesorias del art. 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC, la de retener y la de recobrar, como en AAP Barcelona 5-11-2007[65] o SAP Tarragona 11-7-2005[66]), existiendo también las no posesorias (como la negatoria, cuya regulación está extensivamente prevista en los arts. 544-4 ss. del Libro V Código Civil de Cataluña).

Pero más allá de la protección del inmueble físico, nuestra jurisprudencia también ha admitido la protección, a través del derecho privado, de derechos fundamentales relacionados con la vivienda (como la libertad, la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad), como sucedió en la STS 29-4-2003[67] en relación a las inmisiones por ruido.

A menudo, no obstante, el derecho de propiedad colisiona con el derecho a la vivienda del no-propietario. En numerosas ocasiones el primero prevalece, a pesar de que, como es sabido, la CE no la da a ninguno de los dos

el carácter de derecho fundamental (arts. 33.1, 47 y 53 CE). Un ejemplo de ello es la reciente Ley 4/2013 que reduce las protecciones de los arrendatarios o las sucesivas reformas en los últimos años de la LEC acelerando el proceso de desahucio de arrendatarios morosos[68]; lo mismo en relación a comodatarios[69] u "okupas" (que es delito, art. 245.2 CP). No obstante, para estos tres supuestos existen ya resoluciones judiciales que van en sentido opuesto. Así, una conversión de precario en comodato, que acaba protegiendo al usuario de la vivienda en detrimento de los intereses del propietario, puede verse en SAP Tarragona 21-7-2008[70]; el derecho a un arrendatario moroso a poderse quedar en la vivienda hasta que los hijos finalicen el curso escolar puede verse en JPI núm. 39 Madrid 6-3-2013[71]; y la privación del propietario de poder desposeer a unos "okupas" y hacerlo depender de una resolución administrativa, puede verse en la medida provisional de 15-10-2013 del caso del TEDH *Ceesay Ceesay and Others v. Spain*[72].

A ello hay que añadir los límites tradicionales al dominio, como son las relaciones de vecindad. Un ejemplo son las disminuidas capacidades de uso que tienen los propietarios en una propiedad horizontal, debido a éstas[73]. Y, además, también se suman unas limitaciones, ampliamente desarrolladas a raíz de la crisis de 2007, derivadas de la función social de la propiedad del art. 33.2 CE, que esencialmente acaba con la formulación de Bartolo de Sassoferrato (siglo XIV) del concepto de propiedad como el derecho a usar, disfrutar y abusar del bien (*Dominium est ius utendi fruendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*). Una clara aplicación del art. 33.2 CE que ha influido en la reducción del derecho del propietario a defender su bien ha sido la aprobación de tres normativas autonómicas[74] que prevén la expropiación de viviendas vacías precisamente por su falta de uso como tales.

D. LA VIVIENDA COMO IDENTIDAD. LA VIVIENDA ESTÁ DONDE ESTÁ EL CORAZÓN

Desde una estricta perspectiva tradicional del Derecho civil, la vivienda es un bien inmueble como cualquier otro (art. 334.1 CC). Ello le confiere una serie de características, como su hipotecabilidad, su publicidad a través del Registro de la Propiedad, un régimen especial de accesión (arts. 358 y ss. CC) y de donación (art. 633 CC), etc. Pero ningún precepto está previsto sobre su elemento "espiritual", salvo alguna excepción.

La más tradicional ha sido en el ámbito del derecho de familia, a través del concepto de "vivienda familiar", lo que no es de extrañar, por las numerosas distorsiones que el derecho de familia hace del derecho civil patrimonial, debido precisamente a las "peculiaridades" de las relaciones legales entre familiares. Así, en caso de crisis matrimonial, la vivienda familiar se atribuye a aquel de los esposos al que se le encarga la custodia de los hijos comunes (art. 96.1 CC); además, durante el matrimonio, la vivienda familiar no puede ser vendida sin el consentimiento de uno de los esposos, independientemente de quien sea el propietario (art. 1320 CC); y, finalmente, la vivienda familiar ha sido considerada como parte del derecho de alimentos debidos a los hijos del matrimonio (obligación de techo); todos ellos son ejemplos de excepciones de "vivienda como activo", favoreciendo su elemento "espiritual".

En el ámbito de los contratos y derechos reales, se ha visto una relevante "diferenciación" de la vivienda del resto de inmuebles solo a raíz de la crisis de 2007. Así, la Ley 1/2013 diferencia por primera vez en el ámbito hipotecario a las "vivienda habitual" del resto de inmuebles con la incursión de tal carácter en la escritura notarial de constitución de hipoteca. Así, el art. 3.1 Ley 1/2013 obliga a todos los notarios a incluir en la escritura de hipoteca que ésta se constituye sobre "vivienda habitual". Y añade una presunción *iuris tantum*: si una vivienda se marca como "habitual" en su

escritura de hipoteca, también se presume que es "vivienda habitual" en el momento en que se ejecuta dicha hipoteca. Las consecuencias de ser considerada "vivienda habitual" en virtud de la Ley 1/2013 son diversas, entre ellas: a) la tasa de interés de demora no puede ser superior a 3 veces el interés legal del dinero (es decir, en 2014, no pueden ser más de 12%, art. 3.2 la Ley 1/2013); b) como resultado de un procedimiento de ejecución hipotecaria, los costos judiciales para el deudor no pueden exceder el 5% de la cantidad reclamada (art. 7.4 Ley 1/2013); c) en caso de incumplimiento, se produce una disminución forzosa de la deuda restante en caso de que la venta forzosa de la residencia no sea suficiente para cubrir toda la deuda (art. 7.5 Ley 1/2013); d) si no hay postores en la subasta pública después de una ejecución de vivienda habitual, la entidad de crédito puede adquirir la propiedad a cambio del 70% (a diferencia de sólo el 50% si no es vivienda habitual) del valor teórico de la propiedad (dispuesto en la escritura de hipoteca cuando se concedió la hipoteca) (art. 7.10 Ley 1/2013); etc. Además de esto, el art. 8 Ley 1/2013 extiende las protecciones del RDL 6/2012 (por ejemplo, de reestructuración de deuda forzada, los retrasos en los pagos y obligado *datio en solutum*) a más deudores en umbral de exclusión para evitar la ejecución hipotecaria de sus viviendas habituales.

Antes de estas nuevas reglas, el mismo o similar concepto al de "domicilio" se utilizaban tradicionalmente para aspectos concretos en las reglas generales de las obligaciones (art. 1171 CC[75]), procesales (por ejemplo, para fijar cuál es el tribunal competente en un caso particular, como por ejemplo en art. 50.1 LEC[76]), derecho público (por ejemplo, el art. 123-9 Ley 22/2010, 20 de julio, del Código de Consumidores de Cataluña[77], en relación con las condiciones constructivas e higiénicas de las viviendas y sus instalaciones), penal (art. 202 del Código Penal, la delito por entrar o permanecer domicilio de una persona sin su autorización merece una pena a partir de 6 meses a 2 años de prisión) o fiscal (por ejemplo, beneficios fiscales) (por ejemplo, DA 23 de la Ley 35/2006, 28 de noviembre[78]). Sin embargo, todo ello no conforma un *corpus* unitario y sistemático alrededor del concepto de "vivienda".

4. LA VIVIENDA EN PROPIEDAD PUESTA EN CUESTIÓN

Si hemos comentado que una de las causas principales en la originación de la crisis ha sido la generalización de la vivienda en propiedad y que ésta está sufriendo, en gran medida, sus consecuencias, nos debemos plantear finalmente si la vivienda en propiedad sigue siendo una forma adecuada y universal para el acceso a la vivienda.

Aunque de ella se pueden predicar unos valores que a penas existen en otras formas de tenencia[79], lo cierto es que por primera vez a nivel europeo la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial[80] está advirtiendo que ésta no puede ser forma de tenencia universal, al exigir en su art. 18 la necesidad de evaluación y superación del test de solvencia del futuro deudor hipotecario que, de no superarlo, no podrá contratar la hipoteca en cuestión. También lo ha hecho para España, aunque más veladamente, la Ley 1/2013 al decirle a las entidades de crédito que aquellos préstamos hipotecarios que superen el 80% LTV no pueden ser refinanciados mediante valores hipotecarios (art. 4.1.6 Ley 1/2013).

Obviamente la alternativa más destacada debería ser alquiler. No obstante, ello no ha sido así desde mediados del siglo XX ni previsiblemente será así, más allá del aumento coyuntural de los últimos años por el elevado desempleo y la falta de crédito disponible[81], básicamente porque el alquiler en nuestro país, tal y como viene configurado en la LAU, especialmente en su versión de la Ley 4/2013, no es tan flexible ni tan asequible como parece

y, además, pierde estabilidad desde dicha reforma.

Por lo tanto, se hace imprescindible hallar formas de tenencia eficaces entre el dominio y la propiedad, que aúnen estabilidad, flexibilidad y asequibilidad, como las que se han diseñado para el Código Civil de Cataluña[82]: la propiedad temporal y la propiedad compartida. Si bien, por razones de extensión, se encuentras descritos más extensamente en otro lugar[83], describimos sus trazos básicos algo más abajo.

Finalmente, la propiedad utilizada en exclusiva (o prácticamente) como forma de tenencia en el acceso a la vivienda, puede entrañar una serie de riesgos y externalidades que nos vienen de la experiencia en otros países, como sucede con la hipoteca inversa, y puede impactar en diversas áreas de la realidad social, como el empleo.

A. LA HIPOTECA INVERSA COMO RIESGO PARA EL DOMINIO Y EXTERNALIDADES NEGATIVAS DE ÉSTE

a) Los riesgos de la "hipoteca inversa"

Desde 2007 (DA 1ª de la Ley 41/2007[84]) España tiene su propia regulación de la hipoteca inversa. Se trata de un tipo de hipoteca *equity-release* que implica que la entidad financiera paga una cuota al propietario, el cual se va "deshaciendo" correspondientemente del valor del inmueble. Se requiere que el propietario esté gravemente discapacitado (persona dependiente) o tenga por lo menos 65 años de edad.

Hay muchas cuestiones que rodean a esta figura. Por un lado, parece ser la institución ideal para complementar la pensión pública que los jubilados reciben del Estado a cambio de sus años de trabajo (y del pago de impuestos) y en compensación de la reducción de ingresos a esa edad. De hecho, los acontecimientos recientes en el campo de las subvenciones públicas para los jubilados (por ejemplo, la edad mínima de jubilación a los 67 años en lugar de 65, tal vez a 70 antes), evidencia, en primer lugar, que el sistema público de pensiones español es cada vez más insostenible (bajas tasas de natalidad, el aumento de expectativa de vida, altos niveles de desempleo, etc.) y, en segundo lugar, que las alternativas (no sólo los planes de pensiones privados, sino también la hipoteca inversa)[85] serán cada vez más comunes para poder conseguir llevar una vida adecuada tras la jubilación.

Por lo tanto, es previsible que el uso de la hipoteca inversa será muy relevante en España debido a la combinación de alta tasa de vivienda en propiedad junto a pensiones públicas en regreso. Si tradicionalmente la vivienda en propiedad se ha vinculado a certeza (en derechos y obligaciones), seguridad (especialmente en momentos de necesidad, como el desempleo) y libertad (versión española de *my home is my castle*), con la hipoteca inversa adquiere una cuarta dimensión: un sistema de ahorro para capitalizar la vivienda cuando más se necesite (jubilación o dependencia), dado que la entidad bancaria paga al propietario la mencionada pensión.

No obstante, esta práctica no está exenta de riesgos. Existe un importante riesgo de malas prácticas bancarias en cómo se comercializan[86], teniendo en cuenta especialmente que el "público objetivo" son personas dependientes o de la tercera edad. Además de lo "adecuado" de la institución en sí misma: ¿es justo que, si el heredero no quiere o no puede pagar el monto desembolsado por el banco al propietario fallecido, la entidad de crédito obtenga el inmueble (en lugar del primero) por una cantidad posiblemente mucho menor que su valor?; y ¿es justo que todo el caudal hereditario del difunto dueño de casa sea responsable de la cantidad dada por el banco a este último (punto 6 DA 1ª de la Ley 41/2007)? Estas preguntas y tal vez algunas otras deben estar detrás de las dudas que planteaba el *EU Commission White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets 2007*[87] cuando se cuestionaba

que: "*While acknowledging the potential economic role of equity release products (such as 'reverse mortgages'), the Commission is also aware that there are potential risks connected with equity release products*".

A ello hay que añadirle un riesgo añadido de la relación entre vivienda en propiedad generalizada y pensiones públicas de jubilación en riesgo: si llega un punto en que las pensiones públicas deban quedar solamente para aquéllos que tengan una auténtica necesidad, ¿podrán quedar descalificados para su obtención los propietarios de viviendas porque podrán hacer valor de la misma, sin necesidad de desprenderse, hipotecándola inversamente? Independientemente de la discusión sobre si esta solución es o no adecuada, el hecho es que esta medida está ya presente en diversas políticas públicas en Estados Unidos.

Así, el *US Department of Housing and Urban Development* (HUD) afirma que las hipotecas inversas pueden ser útiles para complementar el sistema de Seguridad Social (ver su programa HECM[88]). Pero, además, hay algunos programas públicos, como *Medicaid*, el *Supplemental Security Income* (SSI)[89], y otros esquemas asistenciales públicos basados en la necesidad de los beneficiarios (ej. asistencia energética y préstamos con fines específicos) que tienen en cuenta los ingresos obtenidos por hipotecas inversas para reducir la ayuda o para descalificar al solicitante propietario de vivienda para dichas ayudas[90].

Además, la experiencia en Estados Unidos es que los consumidores que contratan una hipoteca inversa (ej. mayores de 62 años, enfermos, etc.) están desprotegidos contra las malas prácticas bancarias, incluso desde la fase de marketing[91]. Y, finalmente, hay algunos factores que incrementan el peligro para el hipotecante de perder su vivienda. Así, no es cierto que las hipotecas inversas únicamente afecten la herencia del hipotecante o las, si se quiere, "expectativas" de sus herederos[92]: el hipotecante debe satisfacer los gastos de constitución de la hipoteca, los impuestos del inmueble y los pagos del seguro; no puede vender el inmueble hipotecado; tiene que vivir en él (de lo contrario, la hipoteca se ejecuta); y los tipos de interés suelen ser más altos para las hipotecas inversas que para las ordinarias (ej. en principio, no pueden ser refinanciadas por valores hipotecarios a través de MBS o cédulas hipotecarias ordinarias) [93], que implica un importante riesgo de agotamiento del valor del inmueble. En este sentido, se ha comprobado que es especialmente arriesgada la situación del propietario de un inmueble en los primeros años de su jubilación, dado que, al carecer normalmente de otro inmueble, verá cómo el valor del suyo se irá agotando a medida que cumpla años o enferme[94].

Riesgos similares se perciben en Europa. Los productos *equity-release* están más desarrollados en los países europeos de *common law*, como el Reino Unido e Irlanda. Sus preocupaciones más importantes están relacionadas con la protección de consumidores. En particular, las obligaciones de proveer información, los costes de constitución de hipoteca, el anatocismo, las reglas de aceptación de amortización anticipada de las hipotecas inversas y el riesgo de insolvencia de las entidades de crédito (que podría impedir el completo pago de la pensión contratada). En Bélgica no se admiten ni tampoco son posibles en ninguna jurisdicción en las que las hipotecas no puedan garantizar obligaciones futuras[95].

Todo esto tiene (o debería tener) un importante impacto en la percepción que los ciudadanos tienen de propiedad como forma de acceso a la vivienda, especialmente en los países con altas tasas de ésta, como Estados Unidos, todos los de la Europa sur y oriental: ¿será la hipoteca inversa un desincentivador más de la vivienda en propiedad? A ello hay que añadir que la hipoteca inversa está expresamente excluida de la Directiva 2014/17/UE (considerando 16) sin más razón que "no comportan la concesión de crédito", dejando a los hipotecantes sin las protecciones de la Directiva.

b) Vivienda en propiedad, economía sumergida y tasa de desempleo

A mediados de 2014, España tiene la segunda tasa de desempleo mayor de Europa[96]: alrededor del 24,5% y, el juvenil a finales de 2013, se situaba en un 54,9%[97]. A pesar de ello, la tasa de dudosidad de las hipotecas, como hemos visto, se sitúa en 2014 en alrededor del 6%, y creciendo.

Seguramente existirán diversas explicaciones económicas y/o sociológicas para comprender cómo un país en que más de la mitad de sus jóvenes no puedan trabajar o que un cuarto de su población activa tampoco siga, hasta cierto punto, funcionando y no se haya provocado, por ahora, una profunda quiebra social, con serios desórdenes[98]. Solamente apuntar dos de ellas. La primera, la alta tasa de evasión fiscal, que representaba en 2012 un 24,6% (un incremento del 6,8% desde el inicio de la crisis), una de las más altas de Europa[99]. Mucha de esta economía sumergida se ha generado en operaciones de compra-venta inmobiliaria[100]. La otra, directamente relacionada con la alta tasa de la vivienda en propiedad y la solidaridad entre parientes (recordemos también la obligación de dar alimentos entre parientes, arts. 143 y 144 CC): dado que la mayoría de nuestros mayores tienen la vivienda en propiedad y pagada, resulta que el 27,9% de éstos viven con sus hijos en su propia casa (es decir, acogen a sus hijos) y un 40,4% ha utilizado su pensión para ayudar a sus familiares y amigos (mientras que eran "solamente" el 15,1% en 2009)[101]. Es decir, el Estado recauda poco y confía en las relaciones familiares y jurídico-privadas para paliar la problemática.

Por otra parte, la movilidad laboral sigue siendo baja en España, aunque incremente debido a la crisis[102]. Así, el número de españoles viviendo y trabajando en otro Estado miembro de la UE está por debajo de la media europea[103]. En relación a la movilidad de trabajadores dentro de España (de una provincia a otra) la tasa era del 12,29% en 2011[104], mientras que BARCELÓ[105] identificó a los propietarios de viviendas (junto a los beneficiarios de vivienda social en alquiler) como aquéllos con una menor movilidad laboral.

Recientemente, Blanchflower y Oswald[106] han defendido la idea de que la vivienda en propiedad provoca tres externalidades principales: disminuye los niveles de movilidad laboral, aumenta los tiempos de los desplazamientos y se crean menos empresas debido al fenómeno del planeamiento urbanístico o NIMBY (menos tolerancia de los propietarios a tener negocios cerca de ellos). Los autores aportan a España como ejemplo en este estudio debido a su alta tasa de vivienda en propiedad.

Pues bien, para añadir un argumento legal a esta aportación, destacamos lo siguiente:

a) La legislación laboral (art. 40 LET) establece diversos requisitos para que el empleador pueda compeler al empleado a desplazarse. Ya en relación con la vivienda, cabe señalar que el Plan Estatal de Vivienda 2013-2016[107] establece específicamente que promueve la vivienda en alquiler para aumentar la movilidad laboral.

b) Un planeamiento urbanístico poco adecuado en muchas ocasiones ha conllevado la creación de docenas de "barrios fantasma" en las afueras de ciudades y pueblos[108], abandonándose los centros históricos y aumentando los desplazamientos. La propiedad combinada con el alquiler social ha resultado poco efectiva para conseguir mixturas sociales[109].

c) Por último, existen muchas reglas en el derecho privado español que contribuyen al fenómeno NIBY y que corresponden esencialmente a los propietarios de vivienda, algunas explícitas (ej. impidiendo construcciones, como con el interdicto de obra nueva, en art. 250.1.5 LEC; STS 4-12-1996[110]) y otras implícitas (derechos de evitar ruidos, olores, aguas residuales, como en las STS 12-12-1980[111] y SAP Segovia

28-5-1993[112], derechos de luces y vistas —arts. 580 a 585 CC—, derecho a la tranquilidad— como en SAP Madrid 12-11-1974[113]—, etc.).

B. LAS TENENCIAS INTERMEDIAS

Cataluña prevé para finales de 2014 ó 2015 una modificación de su Código Civil por la que se introducen dos nuevas formas de propiedad pensadas para facilitar el acceso a la vivienda, aunque también podrán utilizarse para otros bienes inmuebles y bienes muebles identificables: la propiedad compartida y la propiedad temporal[114].

Basadas en experiencias en el Reino Unido y en los Países Bajos, y siguiendo la orientación de la reciente Directiva 2014/17/UE, las denominadas "tenencias intermedias" suponen un cambio estructural del concepto de propiedad no visto desde tiempos de Napoleón en nuestro derecho civil. Se trata de combinar las ventajas de la propiedad (estabilidad) con las del alquiler (asequibilidad y flexibilidad). Del mismo modo, van dirigidas especialmente a aquellas familias que no contemplan el alquiler como su forma de tenencia pero que tampoco pueden recurrir al mercado de propiedad plena sin sobreendeudarse o por falta de financiación. Por ambos aspectos pueden considerarse como "intermedias".

Visto lo sucedido con la crisis que ya llevamos arrastrando siete años, no parece conveniente dejar el pleno dominio como única forma de tenencia estable (que permita crear un proyecto de vida sin depender de otra persona, básicamente) de acceso a la vivienda. Por su parte, la Directiva 2014/17/UE no permite a las entidades de crédito conceder préstamos hipotecarios a aquellos que no los puedan devolver. Lo que parece, a priori, una buena medida, va a dejar a muchas familias fuera del mercado de la vivienda en propiedad, es decir, en la inestabilidad de la Ley 4/2013. Pues bien, Cataluña se establece como pionera en legislar dos nuevas formas de dominio que permitan fraccionar el mercado, ofreciendo tenencias estables y asequibles.

La propiedad compartida consiste esencialmente en una adquisición progresiva del dominio de la vivienda, de manera que el adquirente lo es inicialmente de una parte de la vivienda (por ejemplo, un 25%; un 5% con recursos propios y un 20% mediante financiación externa) y por el resto (75%) paga una renta al vendedor. El comprador se considera propietario a todos los efectos de la vivienda desde el primer momento, participando en las reuniones de la comunidad de vecinos, adaptando el inmueble a sus necesidades (sin poder, claro, alterar su sustancia), usándolo y disfrutándolo en exclusiva y pudiendo disponer de la parte del mismo que ya tiene, tanto inter vivos como *mortis causa*. También tiene el derecho a ir adquiriendo sucesivos porcentajes de propiedad del inmueble (de 10% en 10%, como mínimo), bien siguiendo un plan pactado (con el vendedor y/o con la entidad financiadora) o bien libremente hasta 99 años. A cambio, paga todos los gastos. El vendedor, por su parte, se limita a cobrar la renta y tiene una acción para evitar el empeoramiento sustancial del inmueble.

La propiedad temporal permitirá adquirir un inmueble por un número de años determinado (entre 6 y 99 años), es decir, por el tiempo que realmente lo necesite el comprador. Durante ese tiempo, el adquirente es propietario a todos los efectos, incluyendo su uso y disfrute en exclusiva y su posibilidad de enajenación sin límites tanto inter vivos como *mortis causa*. El vendedor tiene el derecho a recuperar el inmueble gratuitamente una vez expirado el plazo, a enajenar dicha expectativa de recuperación (que vale más cuanto más tiempo pasa) y a ser compensado en caso de deterioro negligente del inmueble. La propiedad temporal es una forma de tenencia esencialmente antiespeculativa, dado que vale menos cada día que pasa.

La propiedad compartida y la propiedad temporal, además, se pueden combinar. Am-

bas provocan un fraccionamiento del dominio, diversificando así los precios, colaborando a la asequibilidad de la vivienda, sin perder estabilidad. De este modo, ¿cuánto costará una vivienda que se adquiere progresivamente y solo por el número de años que se necesita? Desde luego, el esfuerzo familiar para su adquisición queda sensiblemente reducido.

Se consiguen con ello externalidades muy positivas, como una auténtica mixtura social: en un mismo barrio o, incluso, edificio o escalera, se encontrarán propietarios absolutos que han satisfecho por su vivienda 200.000€, otros que han satisfecho por ella 50.000€ y siguen adquiriéndola progresivamente y otros que la han adquirido por 30 años (tiempo por el que la necesitan) por 120.000€. Es decir, habrán podido estabilizar su tenencia (más que necesario desde la reforma de los alquileres en la Ley 4/2013) gracias a la diversificación de la oferta, evitando el sobreendeudamiento. Al tiempo, son instrumentos ideales para llevar a cabo políticas públicas de vivienda, haciéndolas aún más asequibles. Así, se prevé ya su utilización en el reciente Decreto catalán 75/2014, del Plan para el Derecho a la Vivienda.

Mientras que la mayoría de reformas legales a nivel estatal sobre el tema de la vivienda han venido siendo coyunturales (ej. moratorias, ayudas a pago del alquiler, etc.), esta reforma de las tenencias intermedias es esencialmente estructural, dado que pretende evitar futuras burbujas y sobreendeudamientos. No por ello dejan de tener utilidades en la situación actual: si ya he satisfecho, por ejemplo, el 15% de la hipoteca, ¿por qué no puedo llevar a cabo una dación en pago parcial de manera que el deudor consolide dicho 15% ya adquirido como propietario y por el resto siga pagando una renta, transformando así una propiedad absoluta en una propiedad compartida, con un esquema de acompañamiento para el total acceso al dominio en condiciones adecuadas?

Con las tenencias intermedias, pues, se abren nuevas posibilidades tanto para los necesitados de vivienda, como para todos los partícipes en el mercado inmobiliario. Vistas las ventajas de los primeros, para los promotores —públicos y privados— o los titulares de diversas viviendas se les abre una tercera vía de negocio (al lado de la venta y del alquiler) por la cual pueden ir vendiendo progresiva o temporalmente sus inmuebles; y para las entidades de crédito, en plena crisis de liquidez, ven como las hipotecas que concedan pueden verse sustancialmente reducidas. Se pretende, con ellas crear un tercer mercado inmobiliario.

5. CONCLUSIONES

El trabajo analiza las causas legales del origen y globalización de la crisis en Estados Unidos, que difícilmente se hubiese producido de contar aquél país con los elementos clave de un sistema moderno de crédito territorial: un fuerte Registro de la Propiedad, un sistema bancario debidamente desarrollado y unos valores hipotecarios con un marco legal adecuado. Al no darse esta combinación, sino precisamente la contraria, se generó la "tormenta perfecta" con la vivienda en propiedad y que ahora la está poniendo en riesgo y en cuestión, al menos como forma única de tenencia, en ausencia de alternativas reales.

De hecho, creo que hemos evidenciado una estrecha relación entre hipoteca y vivienda (título de este número de la Revista) a raíz del contexto actual: la crisis de 2007 se genera "por" la vivienda y acaba "contra" la vivienda. Es decir, todo lo que se altera a un lado de la relación (la más financiera, por ejemplo) afecta a la otra (la más relacionada con la vivienda como derecho humano) y viceversa. Al hablarse de la eliminación de la "súper acción de devastación" del art. 5 LMH o de la introducción de la dación en pago universal, se pretende primar al deudor hipotecario ante la eficacia del mercado hipotecario. Al regularse la hipoteca inversa, sin embargo, se está primando el valor económico de la vivienda, antes que el de quien la habita.

Y si, al menos los juristas, no comprendemos el complejo concepto de "vivienda", difícilmente podremos identificar adecuadamente los problemas que la acechan ni dar con las soluciones. Es un error creer solo se hace "política de vivienda" con las normas clásicas de derecho administrativo (valgan por todas, los sucesivos planes nacionales de vivienda, con sus ayudas, requisitos, etc.), sino que también con la Ley Hipotecaria, la LEC, la LAU y con el mismo Código Civil. Y, quizás, la actual situación que arrastramos desde 2007 a nivel español, pero también en gran parte del mundo, deba hacernos reinterpretar, cuando no enmendar, dicha normativa para aproximarla a la vivienda que, en tanto que derecho humano y lugar de desarrollo muchos derechos fundamentales (intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad), es merecedora de mayor protección, separándola claramente del resto de bienes inmuebles (donde se halla clasificada tradicionalmente). De lo contrario, si sigue hallándose solo de forma parcheada (ej. concepto de "vivienda familiar"), incompleta (¿son suficientes las consecuencias de ser considerada "vivienda habitual" en la escritura pública?) o extemporánea (ej. tardanza del Código Técnico de la Edificación) será (como ya lo está siendo) el derecho constitucional (33.2, 47, etc. CE) y los tribunales internacionales (TJUE y TEDH) los que se van encargando, progresivamente, de ir acotando y reinterpretando nuestro derecho privado.

A ello se suma la duda de si la vivienda en propiedad seguirá siendo o no la única alternativa real a acceder a una vivienda. La fragilidad del arrendatario tras la Ley 4/2013 y los "usos" que se le está dando a la hipoteca inversa y las externalidades que poco a poco se van estudiando (con claras evidencias para el caso español en cuanto al paro, la falta de movilidad laboral o la falta de emprendeduría) de tener una gran cantidad de vivienda en propiedad sin alternativas reales, ponen a nuestro "sistema de tenencias de vivienda" en jaque, al no haber conseguido superar, en siglos, el binomio propiedad-alquiler. Cataluña pretende romperlo en breve mediante las tenencias intermedias.

NOTAS

1. NASARRE AZNAR, Sergio, "A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain", en KENNA, P. (Ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, 2014, pp. 37-72.

2. BOE núm. 90, 15-4-1981, p. 8148.

3. Para una completa explicación ver NASARRE AZNAR, Sergio, "Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el Mercado Hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007)", en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, 2009, pp. 421 y ss.

4. BOE núm. 116, 15-5-2013, p. 36373.

5. Que, a pesar de no existir en ningún país europeo, el debate ha alcanzado nivel continental. Ver LONDON SCHOOL OF ECONOMICS, *Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages and restrictions on debt collection abusive practices*", diciembre 2012. Ver también LASSEN, T., "Einführung der datio in solutum in europäischen Rechtsordnungen", *Immobilien & Finanzierung*, Vol. 2, 2014, pp. 52-55. *Vid infra*. las consecuencias en Estados Unidos y más detalles en NASARRE AZNAR, Sergio, "A legal perspective…", pp. 49, 62 y 65.

6. *Vid. infra.*

7. BOE núm. 60, 10-3-2012, p. 22492.

8. BOE núm. 276, 16-11-2012, p. 79877.

9. EUROPEAN COMMISSION-ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, *European Economy. Financial assistance programme for the recapitalisation of financial institutions in Spain*, 5th Review, Winter 2014, Occasional Papers 170-January 2014, p. 26. Traducción libre del inglés.

10. Ver esta discusión en NASARRE AZNAR, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 727, 2011, pp. 2665 y ss.

11. NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 29 a 50.

12. Los intentos por parte de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* y el *American Law Institute* no han fructificado, a diferencia de lo que sucede, del registro de cargas sobre bienes muebles.

13. En algunos estados, como Louisiana, no hay *counties* sino *parishes* y en Alaska hay *boroughs*.

14. Una rápida consulta en Google (hecha el 2-8-2014) de los términos "county recorders" arroja un largo listado de *county recorders*, cada uno con su página web, sus requisitos de inscripción, elaboración de copias, publicidad de los registros, etc.

15. PETERSON, Christopher L., "Foreclosure, subprime mortgage lending, and the mortgage electronic registration system", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 78, 2010, p. 1405.

16. SLESINGER, Phyllis K. y MCLAUGHLIN, Daniel, "Mortgage Electronic Registration System", *Idaho Law Review*, Vol. 31, 1995, pp. 805 y 808.

17. Algunos estados son "notice states" de manera que requieren que el tercer adquirente sea oneroso y de buena fe, es decir, no tenga constructive notice de la existencia de una previa hipoteca. La *constructive notice* se adquiere normalmente con el registro de la previa hipoteca. En algunos estados también es posible que el subsiguiente adquirente o hipotecante pueda tener *inquiry-notice*, es decir, que conociese por algún medio extrarregistral (hechos) la existencia de una hipoteca previa. Y finalmente hay estados en los que rige la *race-notice*, es decir, el subsiguiente adquirente o hipotecante adquiere sin conocer registral o extrarregistralmente y además inscribe antes que el titular de la hipoteca anterior (PETERSON, "Foreclosure…", p. 1394).

18. La mayoría de los registros de condado tienen dos índices: uno con un listado del nombre de todos aquéllos que han inscrito un título en un determinado ámbito temporal, y otro con el nombre de aquéllos que han recibido un título y lo han inscrito.

19. Ver el procedimiento en PETERSON, "Foreclosure…", pp. 1365 y 1366.

20. Incluso en los años de bonanza de 1921 a 1928 quebraron 5.055 bancos, mientras que entre 1929 y 1932, lo hicieron 5.761 más.

21. SEIDMAN, William, "The world financial system: lessons learned and challenges ahead", *History of the eighties – Lessons for the future*, Federal Deposit Insurance Corporation, Vol. II, 16-1-1997, pp. 55 a 58.

22. Fuente: http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_acquired_or_bankrupt_United_States_banks_in_the_late_2000s_financial_crisis (consulta, 2-8-2014).

23. FRANKEL, Tamar, "Regulating the financial markets by examinations", en MITCHELL Lawrence E. y WILMARTH, (eds.), *The panic of 2008. Causes, consequences and implications of reform*, Edward Elgar Publishing, UK y USA, 2010, p. 219.

24. NASARRE AZNAR, "Los requisitos de los créditos…", pp. 430 y 431.

25. *Vid infra.* La propia MERS afirma que fue "created by the mortgage banking industry to streamline the mortgage process by using electronic commerce to eliminate paper" (disponible en https://www.mersinc.org/about-us/about-us, visitado 2-8-2014).

26. *Vid infra*. Alan Greenspan, presidente de la Reserva Federal de Estados Unidos entre 1987 y 2006, ha sido siempre un ferviente defensor de la desregularización financiera, lo que le ha valido por ello estar en la lista de

"Time" entre los 25 responsables de la crisis financiera (http://content.time.com/time/specials/packages/completelist/0,29569,1877351,00.html; visitado 2-8-2014), lejos de la portada que le dedicó el 15-2-1999 y al que se le colocaba en el "Comité para salvar el mundo". En GREENSPAN, Alan, *The age of turbulence*, 2008, Reino Unido y Estados Unidos, pp. 524 y 528 sigue defendiendo, incluso tras el estallido de la crisis, la autoregulación bancaria y sigue poniendo en duda que la Fed pueda funcionar como un regulador que de estabilidad al sistema, aunque luego parece haber admitido errores en su razonamiento.

27. Básicamente por haber ido moldeando desde entonces, y de manera progresiva, un mercado de propiedad seguro, asequible y con apoyos públicos, lo que no ha sucedido con el mercado de alquiler. Ver en este mismo ejemplar NASARRE AZNAR Sergio, GARCÍA, Maria Olinda y XERRI, Kurt, "¿Puede realmente ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa Portugal-España-Malta", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 2014.

28. Presentación de la "National Partners in Homeownership" frente a la *National Association of Realtors*, Washington D.C.

29. NASARRE AZNAR, "Los requisitos de los créditos…", pp. 430 y 431.

0. Ver http://www.bloomberg.com/news/2014-04-09/s-p-moody-s-say-calpers-looking-for-ratings-scapegoat.html (visitado 22-7-2014).

31. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Global Financial Stability Report (GFSR)*, Abril 2009, p. 11 (disponible en http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/01/pdf/text.pdf). Todas las cifras en este trabajo se expresan como el sistema Europeo.

32. COX, Jason, FAUCETTE, Judith y VALENZUELA LICKSTEIN, Consuelo, *Why Did the Credit Crisis Spread to Global Markets?*, 2010, p. 18.

33. Que desde 2008 a diciembre de 2012 fue recapitalizada por el Gobierno de Estados Unidos (Ver http://www.aigcorporate.com/GIinAIG/owedtoUS_gov_new.html#; consulta el 4-10-2013).

34. BOE núm. 282, 25-11-1994, p. 36129.

35. Su art. 2.1 establece que "Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario", con lo que se hace referencia únicamente al concepto jurídico indeterminado de "edificación habitable".

36. En este sentido, el apartado 1º del art. 41.bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE núm. 78, 31-3-2007, p. 14097), establece que "Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años".

37. En este sentido, el art. 25.1 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, de vivienda de Andalucía (BOJA núm. 54, 19-3-2010, p. 5) establece a efectos de actuar sobre las viviendas deshabitadas que "se considera vivienda toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones" (art. 7.1); la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra (BOE núm. 132, 31-5-2010, p. 46893) define la vivienda para actuar sobre las viviendas deshabitadas de forma similar: "toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones" (art. 42bis.1); y la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda en Cataluña (BOE núm. 50, 27-2-2008, p. 11653) la define como "toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente Ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las per-

sonas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación".

38. *Vid infra*.

39. D 14-2-1947, BOE núm. 106, 16 de abril.

40. *Vid. infra.* Los riesgos que precisamente esto comporta.

41. Así, DELGADO RAMOS, Joaquín, *Especialidades en la constitución y ejecución de hipotecas sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013*, 29-1-2014, disponible en www.notariosyregistradores.com (consulta 20-10-2014) señala que "La normativa vigente establece una serie de peculiaridades de gran importancia cuando el bien inmueble que se trata de hipotecar (o posteriormente ejecutar) sea la vivienda habitual. Pero no define con claridad ese concepto, ni a qué persona o momento temporal va referida tal cualidad, ni en qué momento o a través de qué incidente procesal podrá o deberá acreditarse tal extremo", lamentándose de que sí existe en el ámbito del derecho fiscal e indicando que "no existe tal definición de vivienda habitual particularizada a los efectos de la normativa de ejecución hipotecaria" y tiene que recurrir a la interpretación "gramatical y finalista" de la norma (Ley 1/2013). En cualquier caso, no tiene un concepto unitario y común en la normativa para recurrir a él.

42. RTC 2013\188.

43. Demanda 25446/2006.

44. Ver la estadísticas de la Mortgage Bankers Association en http://www.mbaa.org/ResearchandForecasts/ProductsandSurveys/NationalDelinquencySurvey.htm (visitado el 22-7-2011).

45. SCHWARTZ, Alex, "Lessons from the housing crisis", *Family & Consumer Sciences Research Journal*, Vol. 40, Núm. 1, septiembre 2011, p. 6.

46. MORTGAGE BANKERS ASSOCIATION, *Delinquency and Foreclosure Rates Continue to Improve*, 5-5-2014, http://www.mba.org/NewsandMedia/PressCenter/88228.htm (visitado 2-8-2014).

47. FOX O'MAHONY, Lorna, "Homeownership, debt and default: the affective value of home and the challenge of affordability", *Affordable housing and public/private partnerships*, Farnham, Surrey: Ashgate, 2009, p. 5. Disponible en http://dro.dur.ac.uk/8457/1/8457.pdf?DDC117+DDC71+DDD19+DDC108+jjph66.

48. Desde 2014 existe el Proyecto de Investigación de Desahucios y Sinhogarismo para la Comisión Europea (EUROPEAN COMMISSION-ENPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRES AND INCLUSION DG, Pilot project – Promoting protection of the right to housing – Homelessness prevention in the context of evictions, Ref. VC/2013/0611) que tratará de evidenciar más datos sobre la cuestión.

49. Ver AHE, *Tasas de dudosidad hipotecaria*, primer trimestre de 2014, julio 2014, p. 1.

50. FOX O'MAHONY, Lorna, *Conceptualising Home: Theories, Law and Policies*, Hart Publishing, 2007, pp. 132-180.

51. En este mismo sentido, los tipos de sinhogarismo doctrinalmente más aceptados son los que recoge la tabla ETHOS (*European Typology on Homelessness and Housing Exclusion*) elaborada por FEANTSA (disponible en: http://www.feantsa.org/spip. php?article120&lang=en; consulta el 3-8-2014). De los 13 tipos, solamente uno se refiere a los "sintecho", es decir, aquéllos que duermen al raso. En el resto, los afectados tienen un techo pero no tienen una vivienda (ej. infravivienda, en una institución de acogida, con la familia o amigos, en una estructura temporal, etc.). Precisamente este concepto de vivienda que va más allá que el refugio está detrás del innovador programa "housing first" de erradicación del sinhogarismo. Ver sobre ello el informe RED MADRILEÑA DE LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL EAPN MADRID, *El modelo de housing first, una oportunidad para la erradicación del sinhogarismo en la Comunidad de Madrid*, junio 2013, p. 5, disponible en https://www.raisfundacion.org/sites/default/files/INFORME%20HOUSING%20FIRST%20final.pdf (consulta, 20-10-2014).

52. De hecho, la traducción oficial de la CE al inglés utiliza el término "housing" en lugar del de "home" (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf;

visitado el 14-6-2013). Tampoco ayuda la definición de "vivienda" que da la RAE: "Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas".

53. RJ 1990\6566.

54. RJ 1984\495.

55. RTC 1983\359 AUTO.

56. JUR 2006\190875.

57. *General Comment No. 4: The Human Right to Adequate Housing (Art. 11(1))*, Report of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 6th Sess., 114-20, U.N. Doc. E/1992/23 (1991). Muchos otros documentos internacionales se refieren al concepto de "vivienda adecuada", como el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948 o el art. 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 16-12-1966. Ver la discusión completa en KENNA, Padraic, "Housing Rights-The New Benchmarks for Housing Policy in Europe", *The Urban Lawyer*, Núm. 37, 2005, pp. 94-97.

58. BOE núm. 266, 6-11-1999, p. 38925.

59. JUR 2012\98790. La victima de unos daños constructivos no fue condenada en costas porque. A pesar de haber demandado al arquitecto y al arquitecto técnico y solo resultar condenado el primero, el tribunal consideró que era un error razonable del demandante, dado que los límites en la responsabilidad en la construcción no está aún claramente establecidos.

60. Una evidencia del desinterés por los nuevos requisitos constructivos, más exigentes, fue que hubo un incremento anormal de concesión de licencias constructivas en España antes de que entrase en vigor, bajando éstas de manera abrupta cuando lo hizo (se concedieron en abril 5.200 licencias menos que en marzo de ese año, de acuerdo con el Ministerio de Fomento y el Colegio de Arquitectos Técnicos, disponible en http://www.fomento.gob.es/BE/?nivel=2&orden=09000000, visitado el 6-9-2013).

61. DOGC núm. 6245, 2-11-2012, p. 53432.

62. RJ 1996\3870.

63. RJ 2003\5331.

64. JUR 2006\270658.

65. JUR 2008\40474, sobre invasión de banda de radio.

66. JUR 2006\214198, sobre vecino que coloca puerta a acceso común.

67. RJ 2003\3041. Siguiendo las resoluciones del ECHR 9 Diciembre 1994 (caso *López Ostra v Spain*, TEDH 1994,3), 8 Julio 2003 (caso *Hatton v United Kingdom*, TEDH 2003\40) y 2 Noviembre 2006 (case *Giacomelli v Italy*, TEDH 2006\64).

68. Ver en este mismo ejemplar NASARRE, GARCÍA y XERRI, "¿Puede realmente …".

69. Ver STS 30-10-2008 (RJ 2008\6924; paso de comodato a precario de la nuera del propietario tras el divorcio del hijo de éste).

70. JUR 2008\353556.

71. AC 2013\726.

72. Estos casos se analizan con más detenimiento en NASARRE AZNAR, Sergio, "'Robinhoodian' courts' decisions on mortgage law in Spain", *International Journal of Law in the Built Environment*, 2015, en prensa.

73. Ver una discusión a nivel europeo en VAN DER MERWE, C. (ed.), *Condominium*, *Trento Project*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en prensa (http://www.common-core.org/doc/CommonCoreGroups2013V01.pdf; visitado el 3-10-2013).

74. Arts. 42.6 y 7 Ley catalana 18/2007, 28 diciembre, sobre el derecho a la vivienda (DOGC 9-1-2008, núm. 5044, p. 1609), aunque estos preceptos fueron derogados a finales de 2012. Disposición Adicional 2ª del DL de Andalucía 6/2013, 9 abril, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda* (BOJA núm. 69, 11-4-2013, p. 67), cuyos efectos quedaron en suspenso por el TC en enero de 2014. Navarra también implementó una normativa parecida a la andaluza en 2013, en concreto, el art. 7 de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, BOE núm. 179, 27-7-2013, p. 55108, que añade la Disposición adicional décima —Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social— a la Ley 10/2010), y que también ha sido suspendida por el TC.

75. En defecto de pacto, el lugar de pago será el del domicilio del deudor.

76. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio.

77. DOGC no. 5677, 23-7-2010.

78. BOE no. 285, 29-11-2006, p. 41734. Establece que "se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurran circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas. Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el párrafo anterior se computará desde esta última fecha".

79. *Vid infra.*

80. DOL núm. 60, 28-2-2014, p. 34.

81. Ver toda la discusión en este ejemplar en NASARRE, GARCÍA y XERRI PONER, "¿Puede ser….". Por extensión, nos remitimos a ella, donde se percibe en toda Europa una reducción de la tasa de vivienda en alquiler.

82. Que ha entrado recientemente en el Parlamento de Cataluña: http://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap (consultado el 4-8-2014).

83. Ver NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 739, 2013, pp. 3063-3122.

84. BOE no. 285, 29-11-2006, p. 41734.

85. Ver FERNÁNDEZ, A. y GARCÍA, J., "La 'franja naranja' que hace insostenible el sistema de pensiones en España", *El análisis de Sintentia*, 29-11-2012, disponible en http://blogs.elconfidencial.com/economia/analisis-sintetia/2012/11/29/la-franja-naranja-que-hace-insostenible-el-sistema-de-pensiones-en-espana-10308 (visitado el 3-6-2013).

86. O se comercializarán: dada la actual crisis de liquidez de las entidades de crédito, los pagos que éstas pueden efectuar se ven limitados, además de que estas hipotecas no son fácilmente refinanciables.

87. Bruselas 18-12-2007, COM(2007) 807 final.

88. http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/sfh/hecm/hecmabou.

89. SSI es un programa consistente en un ingreso suplementario que ayuda a los mayores, los discapacitados y a aquellos con muy pocos ingresos o sin ellos. Verlo en http://www.ssa.gov/ssi/.

90. CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Reverse mortgages. Report to Congress*, 28-6-2012, pp. 39-40. Ver también http://reversemortgageguides.org/reverse-mortgage/myths/#5.

91. Éste es el motive por el que la *Consumer Financial Protection Bureau* efectúa recomendaciones a aplicar desde ese momento (CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Reverse mortgages*, pp. 116-118.

92. Si éstos no pagan la deuda contraída por el causante, no reciben el inmueble en la sucesión, el cual es vendido a un tercero por el prestamista a un tercero o, en algunas jurisdicciones, lo toma el propio prestamista.

93. Las hipotecas inversas no generan un flujo de capital a favor del prestamista (a diferencia de las hipotecas ordinarias), que es necesario para satisfacer los rendimientos de las MBS y cédulas hipotecarias a sus tenedores. Además, las hipotecas inversas tienen un importante impacto en las necesidades de liquidez del prestamista, que debe poderse comprometer a pagar una pensión continua al hipotecante.

94. STUCKI, B., *Statement for House Financial Services Subcommitee on Insurance, Housing and Community Opportunity. Hearing on Oversight of the Federal Housing Administration's Reverse Mortgage Program for Seniors*, 9-5-2012, p. 5.

95. REIFNER, U. et al., *Study on Equity Release Schemes in the EU. Part. I: General Report,* Project No. MARK-T/2007/23/H, Enero 2009, pp. 118-120.

96. De acuerdo con Eurostat, en cifras de junio 2014 (http://epp. eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Unemployment_statistics).

97. Es difícilmente concebible desde el exterior cómo un país puede funcionar con tal tasa de desempleo cuando, por ejemplo, el peor año para Estados Unidos desde el estallido de la crisis, en 2009, era del 9% y ello fue considerado en aquel país como una catástrofe.

98. De hecho, España, fue incluida por la OIT entre los países europeos en los que más se ha incrementado el malestar social debido al alto desempleo entre 2010 y 2012, junto con Chipre, la República Checa, Grecia, Italia, Portugal y Eslovenia, habiendo éste subido en Europa un 12% desde el estallido de la crisis (OIT, *Snapshot of the labour market in the European Union 2013*, 8-4-2013, disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/issue-briefs/WCMS_209596/lang--en/index.htm, consultado el 4-8-2014).

99. Ver SARDÀ, J., *La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis*, 2014, disponible en http://cd00.epimg.net/descargables/2014/01/29/323fc63650907548f7491c007d999b03.pdf (visitado el 16-5-2014).

100. Recordemos el fenómeno de "dar el pase" ((http://www.lavozdigital.es/cadiz/prensa/20070109/temas/contra-fraude-fiscal-pone_20070109.html; visitado el 1-6-2013), que consistía en organizar transacciones sucesivas de inmuebles pero las intermedias no se inscribían ni eran controladas fiscalmente; solamente la última lo era. Otra muy común era incluir en la escritura notarial un falso bajo precio de venta del inmueble (para evitar, así, pagar los correspondientes impuestos y tasas) y pagar el resto en dinero en metálico, incluso dentro de dependencias notariales. Un primer intento de solucionar esto fue la Ley 36/2006, 29 noviembre, sobre medidas para prevenir el fraude fiscal (BOE núm. 286, 30 noviembre 2006); la norma clara y abiertamente reconocía que las transacciones inmobiliarias eran un sector importante de evasión de impuestos. La reforma no solo llegó tarde (el ultimo año del *boom*) sino que resultó insuficiente, dado que una ulterior reforma tuvo lugar por Ley 7/2012, 29 octubre, BOE núm. 261, 10-10-2012) en la que se establecía que una forma "antes desconocida" de fraude era la de transmitir los inmuebles era mediante valores y no mediante la compra-venta de los mismos.

101. FUNDACIÓN ENCUENTRO. *Informe España* (Report Spain), 2013, pp. 227 y ss.

102. Ver la tendencia en DEUTSCHE BANK RESEARCH, *Labor mobility in the euro area*, 20-9-2011, p. 5 (disponible en http://www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_EN-PROD/PROD0000000000278645.PDF; visitado el 1-6-2013). Los países que reciben a más españoles emigrantes son, por orden de volumen, el Reino Unido, Estados Unidos, Francia y Alemania.

103. Aunque, de hecho, en 2012 solo el 3,1% de los trabajadores de la UE están viviendo y trabajando en otro país miembro, por diferentes razones (algunas pueden verse en http://europa.eu/newsroom/calendar/event/433143/commission-to-propose-measures-to-facilitate-workers-mobility; visitado el 1-6-2013). En 26-4-2013, surgió una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas que faciliten el ejercicio de derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libertad de movimientos (COM(2013) 236 final) (disponible en http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130236.do; visitado el 4-8-2013).

104. OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, *Datos Básicos de Movilidad Contratación y movilidad geográfica de los trabajadores en España en 2011* [Servicio público de empleo estatal], p. 5 (disponible en http://www.sepe.es/indiceObservatorio/buscar.do?tipo=3&indice=3&idioma=es; visitado el 1-6-2013).

105. BARCELÓ, Cristina, *Housing tenure and labour mobility: a comparison across European Countries*, Banco de España. Documento de Trabajo 0603, 2006, p. 53.

106. BLANCHFLOWER, G. D. y OSWALD, A. J., "Does High Home-Ownership Impair the Labor Market?", *Peterson Institute for International Economics*, Mayo 2012, Working Paper 13-3, disponible en http://www.piie.com/publications/wp/wp13-3.pdf (visitado el 4-8-2014).

107. RD 233/2013, 5 abril (BOE núm. 86, 10-4-2013, p. 26623): "La realidad económica, financiera y social hoy imperante en España, aconseja un cambio de modelo que equilibre ambas formas de acceso a la vivienda y que, a su vez, propicie la movilidad que reclama la necesaria reactivación del mercado laboral".

108. Ver, algunos de ellos en Business Insider (http://www.businessinsider.com/spain-ghost-towns-satellite-2011-4#; visitado el 3-9-2013). De hecho se ha cuantificado que la superficie construida en España se incrementó de 1997 a 2006 en un 41%, cuando la media europea el incremento fue del 8,5%.

109. *Vid. infra.* el rol de las tenencias intermedias en este aspecto.

110. RJ 1996\8810.

111. RJ 1980\4747.

112. AC 1993\957.

113. SECRETARÍA TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal. Audiencia Provincial de Madrid*, Ministerio de Justicia, M.315: 1974, 2º semestre.

114. Sobre un análisis de su prevista regulación más detallado, ver NASARRE AZNAR, Sergio, *Las tenencias intermedias: la propiedad compartida y la propiedad temporal*, en Sergio Nasarre Aznar (dir.), "Bienes en común", Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en prensa.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AHE, *Tasas de dudosidad hipotecaria*, primer trimestre de 2014, julio 2014.

BARCELÓ, Cristina, *Housing tenure and labour mobility: a comparison across European Countries*, Banco de España. Documento de Trabajo 0603, 2006.

BLANCHFLOWER, G. D. y OSWALD, A. J., "Does High Home-Ownership Impair the Labor Market?", *Peterson Institute for International Economics*, Mayo 2012, Working Paper 13-3.

COMITÉ DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (ONU-DESC), *General Comment No. 4: The Human Right to Adequate Housing (Art. 11(1))*, Report of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 6th Sess., 114-20, U.N. Doc. E/1992/23 (1991).

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Reverse mortgages. Report to Congress*, 28-6-2012.

COX, Jason, FAUCETTE, Judith y VALENZUELA LICKSTEIN, Consuelo, *Why Did the Credit Crisis Spread to Global Markets?*, 2010.

DELGADO RAMOS, Joaquín, *Especialidades en la constitución y ejecución de hipotecas sobre la vivienda habitual tras la Ley 1/2013*, 29-1-2014.

DEUTSCHE BANK RESEARCH, *Labor mobility in the euro area*, 20-9-2011.

EUROPEAN COMMISSION-ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, *European Economy. Financial assistance programme for the recapitalisation of financial institutions in Spain*, 5th Review, Winter 2014, Occasional Papers 170-January 2014.

FERNÁNDEZ, A. y GARCÍA, J., "La "franja naranja que hace insostenible el sistema de pensiones en España", *El análisis de Sintentia,* 29-11-2012.

FOX O'MAHONY, Lorna, "Homeownership, debt and default: the affective value of home and the challenge of affordability", *Affordable housing and public/private partnerships*, Farnham, Surrey: Ashgate, 2009.

FOX O'MAHONY, Lorna, *Conceptualising Home: Theories, Law and Policies*, Hart Publishing, 2007.

FRANKEL, Tamar, "Regulating the financial markets by examinations", en MITCHELL Lawrence E. y WILMARTH, (eds.), *The panic of 2008. Causes, consequences and implications of reform*, Edward Elgar Publishing, UK y USA, 2010.

FUNDACIÓN ENCUENTRO. *Informe España* (Report Spain), 2013.
INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Global Financial Stability Report (GFSR)*, Abril 2009.
KENNA, Padraic, "Housing Rights-The New Benchmarks for Housing Policy in Europe", *The Urban Lawyer*, Núm. 37, 2005.
LASSEN, T., "Einführung der datio in solutum in europäischen Rechtsordnungen", *Immobilien & Finanzierung*, Vol. 2, 2014.
LONDON SCHOOL OF ECONOMICS, *Personal bankruptcy, datio in solutum of mortgages and restrictions on debt collection abusive practices*", diciembre 2012.
MORTGAGE BANKERS ASSOCIATION, *Delinquency and Foreclosure Rates Continue to Improve*, 5-5-2014.
NASARRE AZNAR, Sergio, "A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain", en KENNA, P. (Ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, 2014.
NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
NASARRE AZNAR, Sergio, "Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el Mercado Hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007)", en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Madrid, 2009.
NASARRE AZNAR, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 727, 2011.
NASARRE AZNAR, Sergio, *Las tenencias intermedias: la propiedad compartida y la propiedad temporal*, en Sergio Nasarre Aznar (dir.), "Bienes en común". Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en prensa.
NASARRE AZNAR, Sergio, "'Robinhoodian' courts' decisions on mortgage law in Spain", *International Journal of Law in the Built Environment*, 2015, en prensa.
NASARRE AZNAR Sergio, OLINDA GARCÍA, Maria y XERRI, Kurt, "¿Puede realmente ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa Portugal-España-Malta", *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 2014, en prensa.
NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 739, 2013.
OIT, *Snapshot of the labour market in the European Union 2013*, 8-4-2013.
OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES, *Datos Básicos de Movilidad Contratación y movilidad geográfica de los trabajadores en España en 2011*, Servicio público de empleo estatal.
PETERSON, Christopher L., "Foreclosure, subprime mortgage lending, and the mortgage electronic registration system", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 78, 2010.
RED MADRILEÑA DE LUCHA CONTRA LA PROBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL EAPN MADRID, *El modelo de housing first, una oportunidad para la erradicación del sinhogarismo en la Comunidad de Madrid*, junio 2013.
REIFNER, U. et al., *Study on Equity Release Schemes in the EU. Part. I: General Report,* Project No. MARKT/2007/23/H, Enero 2009.
SARDÀ, J., *La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis*, 2014.
SCHWARTZ, Alex, "Lessons from the housing crisis", *Family & Consumer Sciences Research Journal*, Vol. 40, Núm. 1, septiembre 2011.
SECRETARÍA TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal. Audiencia Provincial de Madrid*, Ministerio de Justicia, M.315: 1974, 2º semestre.
SEIDMAN, William, "The world financial system: lessons learned and challenges ahead", *History of the eighties - Lessons for the future*, Federal Deposit Insurance Corporation, Vol. II, 16-1-1997.
SLESINGER, Phyllis K. y MCLAUGHLIN, Daniel, "Mortgage Electronic Registration System", *Idaho Law Review*, Vol. 31, 1995.
STUCKI, B., *Statement for House Financial Services Subcommitee on Insurance, Housing and Community Opportunity. Hearing on Oversight of the Federal Housing Administration's Reverse Mortgage Program for Seniors*, 9-5-2012.
VAN DER MERWE, C. (ed.), *Condominium*, *Trento Project*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en prensa.

Fecha de recepción: 7 de agosto de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

LA DIRECTIVA EUROPEA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO
THE EUROPEAN DIRECTIVE OF MORTGAGE CREDIT

José María de la Cuesta Saenz

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.

ABSTRACT

The development process of the Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property was highly influenced by the current economic crisis. As a result, it became a consumer protection regulation and, above all, a regulation of the creditworthiness of the credit system by means of the so called responsible lending. These circumstances have provided the Directive with innovative profiles which make more difficult its transposition into the national law of the Member States, especially in regards to alternative dispute resolution and to the mandatory assessment of the creditworthiness of the debtors.

KEYWORDS

Mortgage credit, Consumer protection, Alternative dispute resolution, Responsible lending, Creditworthiness assessment.

LA DIRECTIVA EUROPEA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

José María de la Cuesta Saenz
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

Sumario: 1. Introducción. 2. Objeto, nivel de armonización y ámbito de aplicación. 3. Autorregulación y Resolución Alternativa de litigios (RAL). 4. Contenido material: A. Normas de conducta en la concesión de créditos a consumidores. B. Información y prácticas previas a la celebración del contrato. C. Tasa anual equivalente. D. Evaluación de la solvencia del prestatario. E. Servicios de asesoramiento. F. Préstamos denominados en moneda extranjera. G. Otros aspectos del crédito hipotecario concedido a consumidores: a) Reembolso anticipado. b) Información sobre cambio del tipo deudor. c) Mora y recargos por incumplimiento: especial consideración de la llamada "dación en pago". Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Febrero de 2014, tiene como antecedentes el Libro Verde del crédito hipotecario en la Unión Europea (LVCH, COM(2005)327 final) y el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea (LBIMC,COM(2007)807 final) que precedieron a la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial (PDCCBI COM(2011) 142 final, que han sido objeto de estudio detenido en nuestra literatura jurídica (E. LAUROBA, 2012, pp. 117 y ss.).

Hay que destacar en primer lugar que la Directiva que nos ocupa presenta respecto de la propuesta un notable cambio en su ámbito, toda vez que es una Directiva cuyo objeto se describe ahora como relativo a "los contratos de crédito celebrados con los consumidores", y respecto de los más lejanos antecedentes que examina LAUROBA, un muy importante cambio, hijo de los acontecimientos negativos que trajo consigo el estallido de la crisis en la que se debate todavía con resultado incierto la economía globalizada.

De modo que una Directiva que se delineaba originariamente como relativa al sector del crédito inmobiliario para hacer progresar el mercado único del crédito hipotecario, ha terminado por ser una Directiva sectorial de protección de los consumidores, en la línea de la Directiva 2008/48/CE pero relativa al crédito para la adquisición de vivienda, anticipando un cambio que también ha acaecido en el todavía inconcluso proceso legislativo del futuro Reglamento europeo regulador de la compraventa, que en su estado actual (primera lectura) es un Reglamento de protección de los consumidores en contratos de compraventa transnacionales.

Y tales mutaciones impuestas por la crisis económica han de ser bienvenidas en la medida en que responden a un mejor conocimiento de las limitaciones del mercado y de las acusa-

das deformaciones que su mal funcionamiento produce en perjuicio de los contratantes más débiles, (no siempre consumidores como se revela en los esfuerzos del Foro de Alto Nivel constituido para reequilibrar la cadena agroalimentaria), y en perjuicio también de los intereses generales, en la medida en que tales disfunciones están entre las principales causas de la crisis.

Como es lógico, el contexto de crisis que rodea la gestación de la Directiva, tiene reflejo en su ordenación sistemática y en todo su contenido, que no sólo puede calificarse como normativa sectorial de defensa de los consumidores, sino además como verdadero derecho surgido de la crisis, aunque su entrada en vigor, y la fecha límite para su transposición se haya fijado para el día 21 de Marzo de 2016, toda vez que se trata de prevenir a partir de ese momento, cualquier recaída en las malas prácticas que estuvieron en su origen.

Que se trate de normas sectoriales obedece como es lógico a que el sector crediticio es un sector cuyas peculiaridades no pueden contemplarse con suficiente concreción en la normativa general, ahora presidida por la Directiva 83/2011/UE, y porque sin duda es el bancario un sector vital en la economía de mercado, muy regulado en los aspectos jurídico públicos, pero que discurre a través de la contratación civil y mercantil cuya inadaptación a la contratación en masa y a los desiguales niveles de información y poder de negociación de los contratantes ha ocasionado muchas prácticas viciadas que las instituciones competentes no han sabido reprimir a tiempo. Piénsese en que la hipoteca, pieza fundamental en la expansión del llamado crédito territorial desde la segunda mitad del siglo XIX, no ha llegado a ser usual en la financiación de la adquisición y transformación de los inmuebles de uso residencial hasta hace muy poco tiempo, y que tal evolución ha coincidido históricamente con un proceso de concentración bancaria sin precedentes (y que seguramente continuará). Paralelamente las funciones inspectoras y sancionadoras atribuidas, en nuestro caso, al Banco de España desplazaban las competencias de otras instancias, y estaban más orientadas a mantener la solvencia del sistema bancario que a depurar sus prácticas contractuales, como si se tratase de cuestiones carentes de conexión entre sí, lo que contribuye aunque sea tardíamente a explicar su estrepitoso fracaso.

Así pues es el derecho privado el principal punto de incidencia de la Directiva que nos ocupa, y dentro de él, el derecho de protección de los consumidores. El que se trate de normativa sectorial no debería permitir que se mantenga esa idea de la actividad crediticia como coto o territorio exento que tanto ha perjudicado a los consumidores y al interés general en materia crediticia, y también de inversiones, en el pasado reciente.

En cuanto a su transposición al ordenamiento jurídico español, se hará como es usual a través de legislación especial, lo que ciertamente convierte las normas de protección de los consumidores en España en un conjunto formalmente descodificado, aunque en este caso, tal descodificación no obedezca solamente a razones de competencia legislativa. La transposición de la Directiva podría haberse realizado mediante un texto único, pese a que cabe distinguir en la Directiva tres aspectos diferenciados, cuyas normas tienen en principio distintos destinatarios y que son: 1º) Las exigencias aplicables a prestamistas e intermediarios de crédito. 2º) La fase precontractual, con sus exigencias de información previas a la celebración del contrato. 3º) Los requisitos prudenciales y de supervisión.

Pero el Legislador español ya ha optado en la Ley 10/2014 de 26 de Junio sobre Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito por transponer en parte los aspectos 1º y 3º, pero no las reglas relativas a la solvencia del prestatario con vistas al "préstamo responsable" (M. CUENA CASAS, 2014, p. 28) que pueden influir en la eficacia del contrato, aspecto este que queda reservado para otro texto legal de transposición.

2. OBJETO, NIVEL DE ARMONIZACIÓN, Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1 de la Directiva regula como objeto de la misma, el establecimiento de un marco común relativo a aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquéllos contratos relativos a créditos al consumo que estén mediante hipoteca u otro tipo de garantía en relación con bienes inmuebles de uso residencial, incluida la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder el crédito.

Por lo tanto se trata de los tres aspectos antes citados: exigencias aplicables a prestamista e intermediarios; regulación de la fase precontractual y de los deberes de información previa, y por último, exigencias prudenciales y de supervisión.

En cuanto al nivel de armonización pretendido, se trata de una Directiva que establece mínimos que no impiden a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones más estrictas de protección al consumidor, y que establece por el contrario una armonización máxima, que obliga a establecer las disposiciones previstas en el artículo 14.2 y en el Anexo II parte A, respecto de la información precontractual normalizada mediante la ficha europea de información normalizada (FEIN), y el artículo 17 apartados 1 a 5, 7 y 8 y el Anexo I respecto de una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).

En cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva, su artículo 3 en el apartado 1 contempla como objeto de regulación: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por una garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

El artículo 3 apartado 2 excluye de la aplicación de la Directiva:

a) Los contratos de crédito de pensión hipotecaria en que el prestamista: 1) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial, y 2) no persigue el reembolso del crédito hasta que no se produzcan uno o varios acontecimientos determinados en la vida del consumidor, según definan los Estados miembros.

   Tales contratos, aunque sean de hipoteca, no están orientados a la adquisición de inmuebles de uso residencial por los consumidores, sino a que tales personas se garanticen otro tipo de prestaciones, lo que justifica plenamente su exclusión.

b) Los contratos de crédito concedidos por el empleador como accesorios, sin intereses o con TAE inferiores a las de mercado, ya que se trata de accesorios de un contrato laboral.

c) Los contratos de crédito sin intereses, ni otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del crédito.

d) Los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes.

e) Los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquiera otra autoridad pública.

f) Los contratos de crédito relativos al pago aplazado sin gastos de una deuda preexistente y que no entren en el ám-

bito del aplicación del apartado 1 letra a).

Este elenco de exclusiones tiene la nota común de referirse a contratos de crédito que, aun presentando alguna analogía con los que pretende regular la Directiva, difieren precisamente en los elementos subjetivos, objetivos o causales en razón de los cuales se establece la regulación, es decir conduce a cerrar posibilidades de aplicación analógica impropia, fuera de la *ratio legis* de la propia Directiva.

Por su parte los Estados miembros están facultados para excluir de la aplicación de los artículos 11 y 14 y del anexo II los contratos de crédito garantizados con hipoteca o garantía comparable que no tengan por finalidad adquirir o conservar derechos sobre el bien inmueble de uso residencial, siempre y cuando apliquen a tales contratos lo dispuesto en los artículos 4 y 5 y en los anexos II y III de la Directiva 2008/48/CE, y la totalidad de la Directiva a los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles que estipulen que el bien no puede ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia del consumidor o miembro de su familia, sino que se va a dedicar al alquiler, asegurándose de que se aplique un marco adecuado a tales contratos.

También pueden excluir los Estados miembros de la aplicación de la Directiva los contratos de crédito relativos a créditos concedidos a un público restringido en virtud de disposiciones legales con objetivos de interés general, sin intereses o con interés inferior al usual, así como a los préstamos puente, y aquellos en los que el prestamista sea una organización incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2.5 de la Directiva 2008/48/CE, asegurándose en tales casos la aplicación de otra normativa adecuada.

Por último el capítulo I de la Directiva contiene como es usual en este tipo de normas un artículo, el 4, dedicado a definiciones, que contiene nada menos que veintiocho apartados dedicados a concretar el significado de otras tantas palabras y expresiones a los efectos de la propia Directiva, y otro precepto, el artículo 5, que ordena a los Estados miembros designar las autoridades nacionales competentes para velar por su aplicación.

3. AUTORREGULACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS (RAL)

En la línea que viene propugnando la Unión Europea de simplificación legislativa a través de la autorregulación, la Directiva que nos ocupa recuerda en su considerando nº 40 que la Comisión en virtud de la Recomendación 2001/193/CE de 1 de Marzo se comprometió a supervisar el cumplimiento del Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda que contiene la ficha europea de información normalizada (FEIN), y del ejercicio de esa supervisión, se derivan las novedades que la Directiva introduce en la FEIN refundiendo la información sobre el tipo de interés nominal y sobre la TAE, y añadiendo como obligatoria la información sobre características flexibles, y como elemento también adicional una tabla ilustrativa de amortización, que los Estados miembros pueden o no extender como obligatoria a otros contratos de crédito distintos del que contempla la Directiva.

Se aprecia así la eficacia, mucho mayor de lo que pudiera pensarse, en orden a la simplificación normativa, que ha desplegado la fase previa de autorregulación emprendida en 2001 desde las instituciones de la Unión Europea.

Más decisivo puede resultar en la aplicación de esta Directiva el paso que se pretende dar hacia el acceso de los consumidores a vías extrajudiciales de reclamación, que el considerando nº 77 de la Directiva expresa así: "Resulta oportuno que los consumidores tengan acceso a las vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la resolución de litigios que se deriven de los derechos y obligaciones estable-

cidos en presente Directiva, tanto entre proveedores de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial y consumidores, como entre intermediarios de crédito y consumidores. Los Estados miembros deben garantizar que la participación de prestamistas e intermediarios de crédito en este tipo de procedimientos de resolución alternativa de litigios no sea facultativa".

La expresión de la versión española de la Directiva resulta un tanto alambicada en este considerando, porque se plantea de forma negativa: se trata de establecer una "participación…no…facultativa", pero lo cierto es que se trata de un decisivo paso hacia la obligatoriedad de la participación de prestamistas e intermediarios del crédito, que involucrará también la actuación de sus representantes, en los llamados procedimientos de resolución alternativa de litigios, conocidos como RAL en anteriores Directivas como la 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo, como se desprende del artículo 39 de la Directiva que nos ocupa.

En efecto, el artículo 39 1 de la Directiva, ordena a los estados miembros velar por el "establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de los litigios de los consumidores con prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con contratos de crédito, valiéndose si procede de organismos ya existentes. Los Estados miembros velarán por que tales procedimientos se apliquen a los prestamistas y los intermediarios de crédito y cubran las actividades de los representantes designados". El apartado 2 extiende la misma actividad a los litigios transfronterizos.

Desde luego no se trata sólo de una sugerencia, sino que reviste forma imperativa: los Estados miembros deberán implementar los organismos RAL, sean nuevos o preexistentes, en cuya actividad habrán de participar los prestamistas y los intermediarios de crédito para la resolución extrajudicial de sus litigios con los consumidores.

En consecuencia, se trata también de un procedimiento en que no será necesario contar con la con la voluntad de tales prestamistas e intermediarios de crédito, ya que se iniciará con la reclamación o recurso del consumidor. Pero lo cierto es que el concepto de RAL en la normativa de la UE es amplio y comprende instituciones de diversa naturaleza y efectos, como son la mediación y el arbitraje, que coinciden en permitir la resolución extrajudicial de litigios como resultado común, pero a través de vías muy diferentes, puesto que el arbitraje es realmente alternativo a la jurisdicción, mientras que la mediación es simplemente previa a la jurisdicción. En efecto, la mediación puede resolver extrajudicialmente un litigio si se alcanza el acuerdo transaccional entre los litigantes, en tanto que el arbitraje logra el mismo resultado a través del laudo arbitral firme que reviste la misma efectividad que una sentencia judicial firme: ejecutiva y dotada de la presunción de cosa juzgada.

El problema, a los efectos de la transposición de la Directiva, radica en que el arbitraje, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, tiene que ser exquisitamente voluntario y contractual (De la Cuesta Saenz, nº 9 (1996) pp. 315 y ss., y nº 21 (2007), pp. 63 y ss.), para no conculcar la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución. Y siendo así, lo más que se puede hacer por extender el arbitraje es lo que ha hecho el artículo 37 de la Ley 16/1987 de 30 de Julio de Ordenación del Transporte Terrestre respecto del arbitraje sectorial de transporte, que permite desvincularse por voluntad unilateral del arbitraje previsto en la Ley antes de perfeccionarse o comenzarse la ejecución del contrato.

Así pues, sólo la mediación puede imponerse legalmente sin vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero tampoco la mediación es hoy por hoy obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que

será este precisamente el camino a recorrer para la transposición de esta Directiva.

La mediación cuenta en España con una regulación dispersa, por cuanto la Ley 5/2012 de 6 de Julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, como su propio texto explica no contempla en materia civil y mercantil la mediación de consumo, que ha venido regulada por los sucesivos RRDD en materia de Arbitraje de Consumo, siendo el actualmente vigente el RD 251/2008 de 15 de febrero, que es un su artículo 38 regula la mediación previa al procedimiento arbitral de consumo.

Pues bien, tanto el artículo 6.1 de la Ley 5/2012 de 6 de Julio, como el artículo 38 del RD regulador del sistema arbitral de consumo, parten del principio de la voluntariedad de la mediación, que no alcanza así ni el estatuto de un requisito de procedibilidad ante la jurisdicción o en el arbitraje, por lo que esa participación no facultativa de prestamistas e intermediarios de crédito en organismos de resolución alternativa de litigios (RAL), deberá comportar la modificación de la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la del sistema arbitral de consumo (J.A. TORRES LANA, 2014, pp. 67 y ss.), si es que no se prefiere crear nuevos organismos mediadores, puesto que la Directiva en su artículo 39.1 permite ambas posibilidades, en materia de consumo, distintos de las actuales Juntas Arbitrales de Consumo que han tenido un papel casi nulo en las relaciones entre instituciones crediticias y consumidores en lo que a préstamos se refiere, y un papel tardío, aunque algo más importante, en materia de inversiones por la intervención de la Junta Arbitral Nacional y del algunas otras Juntas Arbitrales en los litigios surgidos de la venta de participaciones preferentes (E. MUÑIZ ESPADA, 2013, pp. 3.048 y ss.).

En todo caso el acierto en la transposición de este aspecto de la Directiva puede ser decisivo para su eficacia protectora del consumidor, porque está claro que la falta de cauces extrajudiciales de resolución de conflictos operativos en las relaciones entre entidades de crédito y consumidores (con la excepción antes indicada), así como la inoperancia de otros operadores jurídicos, en hacer valer en este sector las normas de protección de los consumidores, junto con las imperfecciones de la legislación y la laxitud de la instancia supervisora del Banco de España, han concurrido a generar unas prácticas especialmente irrespetuosas de los derechos de los consumidores, como recientemente han puestos de relieve algunas sentencias del TJUE, de modo bastante previsible (M.C. JUAN GÓMEZ, 2013, pp. 3130 y ss., sobre la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios) entre las que hay que destacar el caso Aziz C-415/11 resuelto en la sentencia de 14 de Marzo de 2013 (intereses moratorios abusivos, vencimiento anticipado y liquidación unilateral de los préstamos) y C-169/14 de 17 de Julio de 2014 (asimetría de los recursos en el procedimiento ejecutivo regulado en el artículo 695 LEC reformado por RD 7/2013 de 28 de Junio en perjuicio del consumidor en materia nulidad de cláusulas abusivas.

Estas importantes fisuras en la protección del consumidor en materia de créditos hipotecarios revelan una defectuosa, por no decir que casi inexistente aplicación en este sector de los principios rectores de la protección de los consumidores y usuarios, como si se tratase de un sector no sólo peculiar, sino casi exento. Hay que pensar que tales fisuras no se habrían perpetuado con tan gravosas consecuencias, si hubiese habido cauces expeditos para la expulsión de las cláusulas abusivas y para la denuncia de las defectuosas prácticas contractuales a instancias de los consumidores.

Lamentablemente una legislación relativamente reciente, cuando no recientísima, por causa de su obsesiva orientación a la búsqueda de la expansión del crédito, no ha servido a los intereses generales, y los teóricos del Derecho privado tampoco hemos ejercido a tiempo la sana crítica que advirtiese de la existencia de tales desviaciones en el Derecho positivo y de las prácticas contractuales.

4. CONTENIDO MATERIAL DE LA DIRECTIVA

Hay que comenzar por advertir que la Directiva que nos ocupa no tiene por objeto modificar la normativa sobre cláusulas abusivas, por más que algunos de los temas que regula tengan puntos de contacto con algunas de tales cláusulas, de modo que aunque esto pueda defraudar alguna expectativa de los consumidores afectados (y de los lectores de este texto), no supone en principio reducción alguna de su nivel de protección que continúa revistiendo las mismas características. También se ha expresado alguna crítica (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 156) al tratamiento de las daciones en pago y la ejecución hipotecaria, en el sentido de que el artículo 28 de la Directiva, no dejaría de ser una simple manifestación de buenas intenciones sin virtualidad normativa.

Algo semejante puede pensarse de la regulación que el artículo 6 de la Directiva lleva a cabo acerca de la educación financiera, porque no establece qué tipo de medidas habrán de adoptarse en la materia, salvo que la Comisión señalará ejemplos de las prácticas idóneas (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 148)

Hechas estas consideraciones previas procede examinar con algún detenimiento el contenido sustantivo de la Directiva. A este respecto, y siguiendo el mismo orden sistemático, la primera regulación sustantiva puede decirse que es la siguiente:

A. NORMAS DE CONDUCTA EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITOS A CONSUMIDORES

Comienza el capítulo 3 de la Directiva estableciendo la obligación de los Estados miembros de exigir a prestamista, intermediarios de crédito y representantes, actuación honesta, imparcial, transparente y profesional, basando su actividad en la información sobre las circunstancias del consumidor o cualquier requisito específico que haya dado a conocer el consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato.

Añade inmediatamente en su apartado siguiente este artículo 7 la obligación de los Estados miembros de velar porque los prestamistas retribuyan a su personal y a los intermediarios del crédito, y éstos a sus representantes de manera que no se dificulte el cumplimiento de lo preceptuado en el apartado anterior, y establece en su apartado 3 los siguientes principios que habrán de inspirar las políticas de remuneración: 1) Ser compatible con una gestión sana y eficaz del riesgo, y no ofrecer incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista. 2) Estar en consonancia con la estrategia empresarial, objetivos, valores e intereses a largo plazo del prestamista, incorporando medidas para evitar conflictos de interés, y en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas.

Se trata, como puede verse, de medidas que tienden a prevenir la repetición de prácticas viciadas que pongan en peligro de nuevo la estabilidad del sector crediticio, en línea con el riguroso informe sobre el préstamo responsable y las barreras a la competencia en relación con el crédito hipotecario presentado por la Comisión de Asuntos Económicos del Parlamento Europeo en Junio de 2011(IP/A/ECON/ST/2011-05 PE 464.417, de P. Bucirossi et alteri), más que de medidas estrictamente de defensa de los consumidores, con limitaciones muy leves de la libertad de los agentes económicos.

Más directamente relacionado con la defensa de los consumidores está el contenido del artículo 8 de la Directiva, puesto que impone a los Estados miembros la obligación la obligación de exigir que la información facilitada a los consumidores sea enteramente gratuita (es decir, no imponga coste alguno al consumidor), que resulta una loable medida.

Y por último el artículo 9 contempla la necesidad de que los Estados miembros obli-

guen a prestamistas, e intermediarios a que exijan a su personal y representantes poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y competencia con relación a la elaboración, oferta y concesión de contratos de crédito, así como de la prestación de otros servicios accesorios.

A tal efecto los Estados Miembros de origen de prestamistas e intermediarios, habrán de determinar los requisitos mínimos de conocimientos y competencia en las materias que especifica el anexo III, que son fundamentalmente conocimientos sobre el régimen jurídico del crédito y del tráfico inmobiliario, así como de tasación y mercados, sin descuidar aspectos deontológicos.

B. INFORMACIÓN Y PRÁCTICAS PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Aspectos que se pueden calificar como centrales desde el punto de vista de la protección del consumidor son los relativos a la publicidad (artículo 10), información básica que debe figurar en tal publicidad (artículo 11), y ventas combinadas y vinculadas (artículo 12), de las que debe decirse que la Directiva autoriza sólo las primeras y por tanto excluye las ventas vinculadas, que son aquellas en las que se ofrece el crédito y otro producto sin que puedan obtenerse de forma separada.

En cuanto a información general, el artículo 13 establece la que se debe facilitar en todo momento en soporte duradero y de forma clara y comprensible, así como el contenido mínimo de tal información: identidad del anunciante, fines que puede perseguir el crédito, formas de garantía, posible duración del contrato, tipos deudores disponibles, posibilidad de moneda extranjera, ejemplo representativo del coste total y TAE y de otros posibles costes, formas de reembolso y condiciones del reembolso anticipado, y necesidad de tasación del inmueble en su caso, así como servicios accesorios que se habrán de contratar.

Mención especial merece la información precontractual que contempla el artículo 14 y que debe ofrecerse de modo personalizado para que el consumidor pueda comparar diversas ofertas y tomar una decisión fundada sobre la celebración del contrato. Esta información se facilitará en soporte duradero mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que contiene el anexo II de la Directiva, y que como se anticipó constituye uno de los puntos de armonización máxima.

Como se indicó anteriormente esta FEIN es una reelaboración conforme a los datos obtenidos del código de buenas prácticas de suscripción voluntaria implantado hace varios años, que pasará de ser una regulación de *soft law*, a imponerse como *hard law* una vez que sea transpuesta la Directiva.

La FEIN debe entregarse al consumidor sin demoras injustificadas desde que éste haya dado la información necesaria sobre sus necesidades y situación financiera y siempre con suficiente antelación al momento en que el consumidor haya de quedar vinculado con el oferente, o bien cuando reciba una oferta vinculante sin haber recibido previamente la FEIN, o cuando la oferta definitiva difiera de la contemplada en la FEIN facilitada previamente.

Además, los Estados miembros deberán fijar un período mínimo de reflexión de siete días, que puede consistir en un período durante el cual la oferta es vinculante para el prestamista, o bien en un período de posible desistimiento de l misma duración mínima, y velar por que los prestamistas, los intermediarios o sus representantes proporcionen explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos que se ofrecen.

C. TASA ANUAL EQUIVALENTE

El Capítulo 5 de la Directiva, integrado únicamente por el artículo 17, que resulta en buena parte como se indicó de armonización máxima, impone a los Estados Miembros la

obligación de exigir la aplicación del método de cálculo de la TAE que se regula en el Anexo II de la Directiva.

D. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

El capítulo VI de la Directiva está integrado por los artículos 18, 19 y 20, y constituye el más claro exponente de la profunda influencia de los acontecimientos generados por la crisis económica en la gestación de la Directiva que nos ocupa, y el de más tendencia restrictiva de la libertad de los prestamistas.

En efecto el artículo 18 impone a los Estados Miembros la obligación de hacer obligatoria la evaluación de la solvencia del consumidor antes de celebrar el contrato de crédito, mediante el establecimiento y la actualización de los documentos y procedimientos necesarios para la evaluación. Impone además la Directiva la obligación de que tal evaluación no se base fundamentalmente en que el valor del bien inmueble de uso residencial exceda del importe del crédito, y que el prestamista "sólo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato".

En otras palabras, la transposición deberá prohibir la concesión del crédito cuando el resultado de la evaluación no arroje un suficiente grado de probabilidad de cumplimiento exacto por parte del consumidor, lo que sin duda constituye una reducción de la libertad de contratación, a todas luces orientada a la defensa de intereses públicos principalmente, y ajena en buena medida al interés del consumidor, cuando no contraria.

Piénsese en la radical diferencia con las normas contenidas en el caso español en la Ley de 23 de Julio de 1908, relativa a la represión de la usura y conocida como Ley Azcárate por el apellido del Diputado que la propuso. Aquella Ley tenía una finalidad de Derecho Privado y de Derecho público, la una defendida por la nulidad parcial, y la otra por la tipificación penal de algunas conductas.

En este precepto de la Directiva prevalece sin duda el interés público en la solvencia del sistema crediticio, pero no queda en absoluto claro el tipo de sanción que puede establecer la transposición de la Directiva para el supuesto de infracción de la prohibición de prestar habiendo habido un resultado negativo de la evaluación de solvencia del consumidor.

Pero que prevalezca el interés público en la solvencia del sistema crediticio, no quiere decir que la norma propuesta no se plantee también la defensa de intereses privados, porque excluido el interés del consumidor, que estaría mejor defendido por la llamada "dación en pago", con o sin limitación de la responsabilidad al valor del bien dado en garantía, no hay que olvidar que hay otros intereses dignos de tutela que pueden ser lesionados por la concesión temeraria de un préstamo con garantía hipotecaria a quien no va a poder devolverlo, y estos intereses son los del resto de los acreedores de ese consumidor "sobrendeudado", que sucumben ante la preferencia que comporta la hipoteca conforme al número 3º del artículo 1.923 del Código civil, o que pueden comportar otro tipo de garantías sobre otro tipo de bienes, y también los de los posibles cesionarios del crédito que pueden ser muy numerosos merced a la llamada titulización.

Qué duda cabe que una sanción de nulidad de pleno derecho sería la mejor defensa tanto del interés público como del interés de los demás acreedores que podrían así conservar la garantía que ofrece el patrimonio del consumidor. Pero la nulidad de pleno derecho sacrifica por completo los intereses del consumidor que deberá restituir lo recibido en préstamo, y también sacrifica los intereses de los posibles cesionarios del crédito.

Tipificar el préstamo temerario como un ilícito administrativo es la solución adoptada en España por la Ley 16/2011 de 24 de Junio de Contratos de Crédito al Consumo pero a

juicio de M. CUENA CASAS, (2014, p. 32.) tiene un efecto disuasorio nulo. Ciertamente si el montante de las multas fuese muy elevado, y el artículo 38 de la Directiva no excluye tal posibilidad al imponer que las sanciones sean "efectivas, proporcionadas y disuasorias", puede que la efectividad disuasoria mejorase, pero empeoraría la solvencia de la entidad crediticia infractora, lo que ciertamente se puede volver en contra de la finalidad perseguida por la norma.

No obstante, la llamada seguridad preventiva, permitiría, dado que el crédito hipotecario ha de contratarse en escritura pública, que el Notario no autorizase aquellas escrituras en que no conste la evaluación de solvencia del prestatario o aquélla fuese negativa y otro tanto podría acaecer, en los casos en que el préstamo temerario superase este primer filtro, con la inscripción registral, constitutiva para la garantía hipotecaria, que sería denegada por el Registrador de la Propiedad, pero estas actuaciones serían siempre consecuencia de la calificación como supuestos de nulidad o constitutivos de ilícito administrativo.

Además, como señala la citada autora (M. CUENA CASAS, 2014, pp. 28 y 29) el paso al frente dado por la Directiva en materia de verificación de la solvencia del prestatario podría resultar peligroso, por cuanto, si no se objetivan los criterios que debe tener en cuenta el prestamista y se permite a éste el acceso a una más exhaustiva información sobre la situación financiera de los particulares, la privacidad puede verse comprometida para defender la estabilidad del sistema crediticio, y dado que las reglas de acceso a las bases de datos de los Estados miembros difieren, porque los sistemas de información crediticia son variados y heterogéneos, y la propuesta de Reglamento sobre protección de Datos (COM(2012)11 final) no contempla una regulación específica de los ficheros de solvencia patrimonial, la profundidad de la evaluación de solvencia sería también divergente y en consecuencia, discriminatoria entre los prestamistas y prestatarios de cada uno de los Estados miembros.

Con todo en el caso español no sería este el ataque más importante de los que sufre la privacidad, sobre todo si se compara con la reglas vigentes en materia de acceso de las administraciones tributarias a los archivos notariales.

En fin, para evitar los inconvenientes reseñados, la citada autora (M. CUENA CASAS, 2014, pp. 32 y 33), propone que la sanción que debe establecer el Legislador para el caso de incumplimiento de la obligación de no prestar a quienes carecen del nivel de solvencia exigible, consista en la pérdida del derecho a percibir intereses remuneratorios y moratorios, así como en la pérdida de la preferencia en la concurrencia con otros créditos, lo que vendría a resultar una especie de nulidad parcial, que afectaría sobre todo a la obligación accesoria de pago de intereses y a los aspectos más importantes de la garantía real accesoria al crédito.

Ciertamente, esta sería una consecuencia más beneficiosa para el consumidor que cualquiera de las enumeradas anteriormente en relación con la nulidad de pleno derecho y la tipificación como ilícito administrativo, e incluso sería menos gravosa para prestamistas e intermediarios, al tiempo que beneficiosa para otros acreedores ordinarios, es decir, desprovistos de preferencia, del consumidor, pero supondría la desnaturalización del crédito hipotecario, y una amenaza para los posibles cesionarios de tales créditos de no poca importancia.

En fin, no parece vislumbrarse por el momento la solución ideal al problema de la prohibición de la concesión de créditos hipotecarios a consumidores que no superen el futuro *test* de evaluación de solvencia, lo que no deja de ser preocupante, no sólo desde el punto de vista práctico sino también y muy especialmente desde el punto de vista teórico, pues según cuál sea la solución por la que se opte, resultará más o menos aprovechable el armazón institucional de que se hoy se dispone. En efecto, el Registro de la Propiedad parte de que la inscripción no convalida los actos nulos, pese a lo cual el tercer adquiren-

te de buena fe, por ejemplo el cesionario del crédito hipotecario, podrá ser mantenido en su adquisición, pero si la sanción es la pérdida de la preferencia y del interés pactado además del moratorio, de poco le serviría al adquirente tal mantenimiento de su adquisición, y podría resultar imposible el tráfico de tales créditos, en los que regiría en buena medida la regla anglosajona *caveat emptor* sin que el Registro de la Propiedad proporcione, tal como hoy está regulado, otra garantía, y sin que sea posible pensar en esta materia un sistema de seguro de títulos que encarecería en exceso el acceso al crédito hipotecario.

Los artículos 19 y 20 de la Directiva se refieren respectivamente a la tasación de los bienes inmuebles, y a la revelación y verificación de la información relativa al consumidor. El primero ordena a los Estados Miembros velar por que se establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial, y exigir a los prestamistas la aplicación de tales normas, tanto por sí mismas como a través de terceros, lo que exige la comprobación de la competencia y de la independencia de los tasadores internos y externos, y el segundo contiene una cierta concreción de la información que ha de recabarse para la evaluación de la solvencia del consumidor, sobre sus ingresos, sus gastos y otras circunstancias financieras. Tal información, que deberá ser suficiente y proporcionada, se obtendrá de fuentes internas y externas, así como del propio consumidor, y se comprobará adecuadamente.

E. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO

El artículo 22 de la Directiva de nuevo obliga a los Estados Miembros a imponer un determinado nivel de información a prestamistas, intermediarios y sus representantes, sobre los productos que en tal materia se ofrecen al consumidor, y los gastos que se facturarían por su prestación. Siempre que se presten tales ser vicios, será preceptivo adquirir información sobre la situación personal y financiera del consumidor, así como sobre sus preferencias y propósitos, para recomendar los productos que mejor se adecúen a ellos.

F. PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

Los Estados Miembros deberán exigir a los prestamistas que periódicamente informen a los consumidores que hayan suscrito tales contratos, y que les adviertan cuando el importe adeudado difiera en más del 20% del importe correspondiente al tipo de cambio vigente en el momento de la celebración del contrato.

G. OTROS ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REGULACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO A CONSUMIDORES

a) Reembolso anticipado

Los Estados Miembros según el artículo 25 de la Directiva, están facultados para supeditar el derecho de amortización anticipada del préstamo que puede asistir al consumidor prestatario, a la presencia de ciertas condiciones, e incluso exigir que exista en ciertos casos, como los períodos de tipo de interés fijo, que haya algún interés legítimo por su parte, y en todo caso establecer en favor del prestamista el derecho a una compensación por la amortización anticipada justa y objetiva, que no rebase de la pérdida realmente sufrida. Pero no podrá imponerse penalización alguna al consumidor. Esta regulación impondrá un cambio notable en las prácticas contractuales vigentes que suelen evaluar anticipadamente la pérdida con tintes notoriamente penalizadores.

b) Información sobre cambios de tipo deudor

De acuerdo con el artículo 27 de la Directiva, el prestamista deberá informar al prestatario consumidor, antes de su aplicación, de toda modificación que vaya a introducirse en el tipo deudor, detallando por lo menos el importe

de los pagos que hayan de producirse con el nuevo tipo deudor, así como los posibles cambio en el número o frecuencia de tales pagos, si bien, cuando el tipo deudor esté referenciado a las modificaciones del tipo básico, bastará con facilitar la información de forma periódica.

c) Mora y recargos por incumplimiento: especial consideración de la llamada "dación en pago"

En materia como la ejecución hipotecaria, la gestación de la Directiva suscitó grandes expectativas en los consumidores incursos en mora e incumplimiento, pero el artículo 28 de la Directiva a juicio de algún autor (A. Agüero Ortiz, 2014, p. 155) resulta decepcionante pues no deja de ser un conjunto de manifestaciones de intenciones benévolas, ya que se obliga a los Estados Miembros a que alienten a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.

Con todo no hay que olvidar que si se habilitan los cauces alternativos de resolución de litigios de participación obligatoria para los prestamistas de que se trató bajo el epígrafe 3 *supra,* no faltará al menos momento procesal oportuno para comprobar la razonable tolerancia de los prestamistas, y en su caso y en su momento, perfeccionar la eficacia de este precepto del modo más adecuado.

Por lo demás en cuanto a los recargos, el precepto autoriza a los Estados miembros a permitir a los prestamistas exigir recargos por incumplimiento que no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los perjuicios que le irrogue el impago, así como recargos adicionales que los estados miembros deberán limitar en cuanto a sus alcances máximos.

Por último, como se indicó con anterioridad, en cuanto a la llamada dación en pago, el texto de la Directiva resulta poco concluyente, puesto que sólo obliga a los Estados miembros a no impedir que las partes puedan acordar la transmisión del inmueble sobre el que recae la garantía, o de los ingresos derivados de su venta que basten para reembolsar el crédito al prestamista.

Pero con tal regulación los Estados miembros no resultan obligados en la mayor parte de los casos a modificar las regulaciones vigentes hasta la actualidad.

Con todo, el último párrafo obliga a los Estados miembros a velar por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la ejecución hipotecaria consumada no haya permitido saldar la deuda. Y son muchas las medidas que se pueden adoptar con el fin de proteger a los consumidores que se vean en tales casos.

En fin, y para concluir, habría que decir que estamos ante una Directiva hija de unas circunstancias nunca experimentadas antes, que han modificado mucho lo que pudo ser su objetivo inicial. Y esta novedad de las circunstancias hace difícil el juicio sobre algunos aspectos de su contenido, ya que imponen soluciones también nuevas que entran en contraste con ordenamientos jurídicos cuya regulación de los préstamos en general y de los hipotecarios en particular, contemplaba situaciones muy distintas. Ni que decirse tiene que esto hace especialmente difícil la transposición de algunas de sus reglas, y fundamentalmente de dos de ellas: la relativa a los RAL, porque los RAL en materia de consumo nunca habían abordado la actividad del sistema crediticio, y la relativa a la obligación de evaluar la solvencia del prestatario, por cuanto esto había quedado siempre en manos del prudente arbitrio de los prestamistas, a los que se vigilaba más por su propensión a la usura, que por su irresponsabilidad en la concesión de crédito. Los tiempos han cambiado y ese nuevo extremo, contrario al tradicional con el que puede coexistir, dificultará bastante la transposición de estas reglas de la Directiva.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AGÜERO ORTIZ, A., "Directiva 2014/17/UE de 4 de Febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9(2014), pp. 146 y ss.

BUCIROSSI, P. *et alt.*, Informe de la Comisión de Asuntos económicos del Parlamento Europeo sobre *Responsible lending* IP/A/ECON/ST/2011-05 PE 464417.

CUENA CASAS, M., "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *Notario del siglo XXI,* nº 56(2014), pp. 28 y ss.

DE LA CUESTA SAENZ, J., "Constitucionalidad del arbitraje", *Derecho Privado y Constitución*, (1996), pp. 315 y ss.

"De nuevo sobre la constitucionalidad del arbitraje", *Derecho Privado y Constitución*, (2007), pp. 63 y ss.

JUAN GÓMEZ, M.C., "Reflexiones sobre la Ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 937 (2013), pp. 3127 y ss.

LAUROBA, E., "La propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial", en *Garantía reales en situaciones de crisis",* ed. Bosch, 2012, pp. 117 y ss.

MUÑIZ ESPADA, E., "Adquisición de productos financieros y riesgos de asimetría en la información", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739(2013), pp. 3031 y ss.

TORRES LANA, J.A., "Arbitraje turístico y su relación con otros RAL en el ámbito turístico", en *Autorregulación y resolución de conflictos en el ámbito turístico*, dirigido por N. Tur Faúndez, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 67 y ss.

Fecha de recepción: 3 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

REFORMAS LEGALES HIPOTECARIAS EN ESPAÑA DESDE EL ESTALLIDO DE LA CRISIS
LEGISLATIVE REFORMS IN SPAIN SINCE THE OUTBREAK OF THE ECONOMIC CRISIS

Isabel Zurita Martín

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

ABSTRACT

The aim of this paper is to offer a brief review of the legislative reforms carried out in Spain in the sphere of mortgage, both by Government and Parliament, after the outbreak of the economic crisis. To this goal, the new enacted rules are chronologically described, briefly outlining the measures that each of them introduces in our mortgage regulations. The article concludes with some critical reflections on the measures taken and the effects that they have had so far on the debtors' plight and the financial market.

KEY WORDS

Mortgage, Eviction, Deed-in lieu of foreclosure option

REFORMAS LEGALES HIPOTECARIAS EN ESPAÑA DESDE EL ESTALLIDO DE LA CRISIS

Isabel Zurita Martín
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Sumario: 1. Introducción. 2. Las medidas urgentes tomadas por el gobierno para la protección de los deudores hipotecarios. A. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios. B. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos. a) El umbral de exclusión. b) Moderación de los intereses moratorios y Código de Buenas Prácticas. c) Previsiones complementarias. C. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios: la paralización de los desahucios. 3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. A. Suspensión de los desahucios. B. Incidencia en textos normativos reguladores del préstamo hipotecario. C. Modificación del RDL 6/2012. 4. Reflexión final. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

Aunque así lo parezca y algunos quieran pensar, las penosas consecuencias de la crisis económica en la que aún estamos inmersos desde el llamado *crash* de 2010 (Niño: 2010) no son fruto en exclusiva de las gestiones políticas o de la actuación de las entidades financieras, ni mucho menos del azar o de la mala suerte; aunque tampoco lo son, desde luego, de un sistema hipotecario español injustamente vilipendiado. En realidad, podría decirse que la bonanza económica anterior a la crisis fue precursora —en algunos casos, también desencadenante— de diversas actuaciones y comportamientos que, aun provenientes de sedes y foros por completo diferentes, hicieron concurrir, como protagonistas, a legisladores, entidades bancarias y consumidores en general en el cartel de una obra de infeliz final, especialmente para los deudores hipotecarios sin recursos.

En primer lugar, merece ser especialmente destacado el papel del legislador como activador del mercado hipotecario español, inicialmente por medio de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que tuvo por objeto básico crear un mercado hipotecario amplio, potenciando la competencia de las distintas entidades y agilizando su gestión y creando nuevas posibilidades de refinanciación para las entidades autorizadas a operar en este sector; y, posteriormente, mediante la modificación de esta norma por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que vino a reafirmar la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos y a procurar la

mejora de los instrumentos de financiación, intentando adecuar el marco jurídico del sistema hipotecario español a la realidad social y económica del momento, que no era otra que la de una espectacular expansión del crédito hipotecario a lo largo de la década anterior a la aparición de esta reforma.

Por su parte, apoyadas e incentivadas por la liberalización del mercado financiero —cuyo efecto quedaba bien reflejado en el espectacular crecimiento de cédulas hipotecarias con anterioridad a la aparición de la Ley 41/2007—, las entidades financieras, en abierta competencia, introducían sin descanso en el mercado productos de financiación sin límite de cobertura y con prolongados plazos de amortización, concediendo créditos hipotecarios de alto riesgo, tanto por los caracteres del producto como por las circunstancias económicas de los prestatarios (Jiménez París: 2013: nº 735: 275).

Finalmente, los consumidores, facultados y empujados por el sistema financiero imperante —permitido e impulsado por el propio legislador—, fueron adquiriendo inmuebles para usarlos como vivienda habitual, constituyendo sobre los mismos garantías hipotecarias en condiciones a las que, con posterioridad, han sido incapaces de hacer frente.

En cualquier caso, aun reconociéndose esta responsabilidad tripartita en la situación de sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios, no puede desconocerse que el adeudo que pesa sobre el legislador y el ejecutivo es el de trascendencia mayor, en tanto sobre ellos descansa la competencia de regular y controlar el mercado financiero y, lo que resulta en estos momentos de mayor importancia, de solventar las irregularidades y disfunciones del sistema hipotecario español a las que las reformas habidas en la materia han dado lugar, especialmente cuando de su mal funcionamiento se están viendo afectados derechos fundamentales de los ciudadanos.

Siendo esto así, consciente el ejecutivo de la necesidad de tomar medidas urgentes de reforma del ordenamiento jurídico en materia hipotecaria, que paliaran la situación de los deudores hipotecarios que iban perdiendo sus viviendas ante el aumento progresivo de los desahucios, el Gobierno, al final de la anterior legislatura y comienzos de la presente, promulgó, cada ocho meses entre 2011 y 2012, tres Reales Decretos-Leyes (RDL) en apoyo de los deudores hipotecarios sin recursos. Después del ejecutivo intervino, finalmente, el legislador a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, actualmente en vigor. Esta Ley vino no solo a modificar algunas de las prescripciones de los RDL que la precedieron, sino a incorporar otras modificaciones en diversos cuerpos normativos.

Con estos antecedentes, el objetivo de este trabajo no es otro que realizar un repaso a las reformas legales que ha experimentado nuestro sistema hipotecario desde el estallido de la crisis, a fin de reflexionar sobre los resultados derivados de las mismas y la posibilidad de introducir aún mejoras que atenúen en el mayor grado posible las consecuencias que de dicha crisis se han derivado para los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Es evidente que tanto la finalidad del trabajo como razones de espacio impiden profundizar en los innumerables problemas de aplicación de cada revisión normativa, así como en el análisis jurisprudencial de los mismos, cuestiones éstas múltiples que requieren trabajos específicos y más pormenorizados.

2. LAS MEDIDAS URGENTES TOMADAS POR EL GOBIERNO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Como se ha adelantado, el ejecutivo reaccionó ante la situación que sufrían los deudores hipotecarios por medio de la promulgación de tres RDL consecutivos: el RDL 8/2011, de

1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios —que elevó el porcentaje del valor de adjudicación de la finca en la subasta a favor del acreedor—, el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos —que determinó el umbral de exclusión y creó el Código de Buenas Prácticas en el que quedó incorporada la posibilidad de la dación en pago de la finca hipotecada— y el RDL 27/2012, que permitió la paralización de los desahucios en beneficio de los deudores hipotecarios que se encuentren en circunstancias de especial vulnerabilidad.

A. EL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO, DE MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Según datos del Consejo General del Poder Judicial, durante los seis primeros meses de 2011 se habían realizado en España casi tantos procedimientos de desahucio como en todo el año 2009. A pesar de no contar con datos fiables sobre estos procedimientos, ni por parte del Gobierno ni de otras instituciones —dado que los mismos no discriminan sobre los bienes objeto de desahucio, ni los sujetos o la procedencia del mismo—, sí puede darse por cierto que desde el año 2008 el incremento de ejecuciones hipotecarias y de desahucios en nuestro país se ha caracterizado por una progresividad alarmante, alcanzándose año tras año nuevos máximos históricos. Esta alarma llevó al Gobierno a otorgar una primera respuesta a la situación, al objeto de atender en parte las urgencias de la sensibilidad pública que pedía alguna solución al conflicto de las daciones en pago de las viviendas objeto de ejecución hipotecaria por impago, respuesta que se tradujo en la reforma operada en la LEC 2000 por el RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios. Esta reforma se limitó a elevar del 50 al 60% la cifra del valor de tasación por la que el acreedor puede solicitar la adjudicación en caso de subasta desierta, impidiendo que el mismo se adjudique la finca por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, incrementándose, asimismo, el mínimo no embargable.

Huelga decir que la primera reacción del Gobierno fue claramente escasa (Jiménez París: 2013: nº 735: 273-280), quedando en cualquier caso muy lejos de colmar las expectativas más exigentes de algunos sectores sociales, que reclamaban que se exonerase al deudor de la deuda personal cuando el valor de adjudicación de la vivienda no bastara para cubrir la deuda hipotecaria impagada. El ámbito judicial también se hizo eco de estas exigencias sociales, lo que vino a reflejarse en la línea abierta por el paradigmático Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, que gozó de enorme repercusión en la opinión pública, aunque fuera criticada fuertemente desde distintos sectores doctrinales por contravenir principios rectores de nuestro sistema hipotecario (Nasarre Aznar; 2011: nº 727: 2718-2719; García Crespo: 2011: 9); en virtud de esta doctrina, sólo procederá continuar la ejecución por las cantidades que en su día resulten ser superiores al valor de tasación del inmueble, una vez sumados principal reclamado más intereses y costas.

A pesar de la tendencia que se venía observando desde años precedentes, los gobernantes fueron incapaces de reaccionar con la debida celeridad, bien porque todavía no se habían alzado con la suficiente fuerza las voces reivindicativas de las familias desahuciadas, o bien porque la capacidad de reacción era realmente escasa ante problema de tan tamaña envergadura, especialmente cuando la legislatura estaba tocando a su fin y de lo que se estaba hablando era de modificar la normativa reguladora del proceso de ejecución con carácter general, con el riesgo de desvirtuar un sistema hipotecario más que centenario.

Debe concurrirse en que una norma que trate de proteger los intereses de los deudores hipotecarios que, como consecuencia de la crisis, se ven incapaces de hacer frente a sus pagos,

no puede realizar gruesas reformas estructurales de carácter general en el procedimiento de ejecución hipotecaria, que podrían traer como consecuencia la desnaturalización del sistema hipotecario y que, a la postre, iría en contra de los intereses de futuros adquirentes y de la salud del sistema financiero en su conjunto (Carrasco Perera: 2011:1). Aun a riesgo de ser tildado de insensible a los requerimientos de distintos sectores sociales, en aquellos momentos, sin la suficiente reflexión que se requiere del legislador ante reformas legislativas de gran calado, resultaba impensable para el mismo introducir la dación en pago como medida de general acogimiento en todo proceso de ejecución hipotecaria para solucionar los problemas de endeudamiento familiar desencadenados por la crisis económica. Claramente, si se buscan soluciones para problemas específicos no puede acudirse a remedios generales, sino particulares o excepcionales, de ahí que el Gobierno optara, ante la insuficiencia de las reformas introducidas por el RDL 8/2011, por una nueva norma, el RDL 6/2012, dirigido a la protección particular de deudores hipotecarios que se habían visto imposibilitados para atender a sus obligaciones por motivos ajenos a su voluntad.

B. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

La insuficiencia del RDL 8/2011 como medida de protección de las familias sobreendeudadas, sometidas a los estrictos términos legales del proceso de ejecución hipotecaria de la LEC 2000 y al principio de responsabilidad universal del deudor, hacía necesario sin duda adoptar medidas más específicas de protección, acotando el ámbito subjetivo de actuación. Con este objetivo, a los ocho meses de dictarse el RDL 8/2011 se aprobó, ya en esta legislatura, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que entraña un compendio de disposiciones dirigidas a la protección de los deudores hipotecarios que se encuentran en circunstancias económicas especialmente precarias, desplegando su campo de acción en diferentes ámbitos legales.

Dejando de lado medidas de carácter general, con esta nueva norma se pretende asegurar la protección de los deudores hipotecarios sobreendeudados como consecuencia de la crisis económica —permitiendo la restructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real—, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. Como se indica en su Exposición de Motivos, estamos inmersos en una crisis económica sin precedentes, que ha hecho inviable la aplicación estricta de la normativa sobre ejecución hipotecaria a ciertas personas especialmente afectadas por aquella, a las que es necesario otorgar una protección específica, sin que por ello se resientan los pilares fundamentales de nuestro sistema hipotecario.

A fin de conseguir tal objetivo, el RDL 6/2012 comienza por determinar quiénes han de ser consideradas personas especialmente vulnerables a los efectos de aplicarles las medidas de protección que en el mismo se contienen, utilizando el concepto de umbral de exclusión.

a) El umbral de exclusión

Las medidas contenidas en el RDL 6/2012 se aplicarán, a tenor de su artículo 2, a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 —procedimiento de ejecución extrajudicial— y 13 —preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos—, que serán de

aplicación general. El artículo 3.1 es el que delimita detalladamente el umbral de exclusión:

"1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas de trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurran las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores".

Indudablemente, los requisitos del umbral de exclusión son muy estrictos, lo que le resta eficacia (Valero Fernández-Reyes: 2013: 481-507), y han sido objeto de fuertes críticas doctrinales en distintos aspectos, comenzando por su reducido ámbito de aplicación —que ha sido considerado su mayor inconveniente (Jiménez París: 2013: nº 735: 299)— y tanto por la necesidad de que deudor y propietario de la finca hipotecada coincidan en la misma persona, como por la preceptiva inscripción de las parejas de hecho y, especialmente, por la conjunción de requisitos recogida por las letras b) y c), exigiendo respectivamente que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar y que esta carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda (Ballugera Gómez: 2012: 12-14).

La estrechez del umbral de exclusión puede ser salvada, en todo caso, por iniciativa de la entidad crediticia —como contempla el artículo 5.8 RDL 6/2012—, decidiendo voluntariamente aplicar las previsiones legales a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3, incluso mejorando las condiciones previstas. En muchas ocasiones, las propias entidades de crédito estarán interesadas en adoptar algunas medidas de reestructuración del crédito para aquellos deudores que, no cumpliendo con los requisitos para acogerse al umbral de exclusión, podrían hacer frente al pago de la hipoteca por razón de la suficiencia del resto de su patrimonio. Por otra parte, aunque no podrán formular solicitud de reestructuración del crédito aquellos deudores que se encuentran en un procedimiento de ejecución una vez se haya producido el anuncio de la subasta, se elimina dicho impedimento para el caso de las medidas complementarias, que podrán ser solicitadas tanto por aquellos deudores como por los que, estando incluidos en el umbral de exclusión, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca (puto 2 c. del Anexo al RDL 6/2012).

b) Moderación de los intereses moratorios y Código de Buenas Prácticas

Una vez definido el umbral de exclusión, el artículo 4 RDL 6/2012 prevé una moderación del interés moratorio en todos los contratos de

crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el mencionado umbral de exclusión, aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad crediticia que se encuentra en dicha circunstancia; tal interés será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2.5% sobre el capital pendiente del préstamo.,

Seguidamente, el artículo 5 del RDL 6/2012 introduce el Código de Buenas Prácticas, al que asimismo podrán acogerse los deudores que cumplan con los requisitos del umbral de exclusión. El denominado Código de Buenas Prácticas, al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, siendo desde el momento de la adhesión de obligado cumplimiento, contempla una serie de medidas en protección de los deudores. Su aplicabilidad se encuentra también limitada, no obstante, de forma objetiva, por el valor de adquisición de las viviendas hipotecadas. A tal fin, el artículo 5.2 RDL 6/2012 establece una escala distinguiendo el precio máximo admitido por la compra de la vivienda por densidad de población por municipios, oscilando entre 200.000 euros como valor máximo, para municipios de más de un millón de habitantes, y 120.000 euros para municipios de hasta cien mil habitantes (Munar Bernat: 2012:21).

El Código de Buenas Prácticas incluye tres fases de actuación: 1ª) medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias; 2ª) medidas complementarias: quita en el capital pendiente de amortización; y 3ª) medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.

Por lo que se refiere a las medidas previas, los deudores hipotecarios que cumplan los requisitos exigidos por el RDL 6/2012 podrán solicitar de la entidad crediticia adherida al Código de Buenas Prácticas la reestructuración de su deuda hipotecaria, al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma, y siempre que no se encuentren en un procedimiento de ejecución en el que se haya producido el anuncio de la subasta. En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud, la entidad deberá ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el mismo de la aplicación conjunta de las siguientes medidas: carencia en la amortización de capital de cuatro años, ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo y reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25% durante el plazo de carencia. Adicionalmente, las entidades, potestativamente, podrán ofrecer reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor. En el propio documento en el que conste el plan de reestructuración la entidad advertirá, en su caso, el carácter inviable del mismo y la posibilidad con la que cuenta el deudor de solicitar las medidas complementarias.

En una segunda fase, si el plan de reestructuración resulta inviable dada la situación financiera del deudor, este podrá solicitar como medida complementaria una quita en el capital pendiente de amortización que la entidad podrá aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración. A estos efectos, se entenderá inviable dicho plan siempre que conlleve una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. Para determinar la quita, la entidad financiera podrá emplear diferentes métodos de cálculo, según especifica el punto 2 b) del Anexo del RDL 6/2012. Esta medida complementaria, también podrá ser solicitada, al contrario que las medidas previas, por aquellos deudores que se encuentren en un proceso de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de la subasta, así como por aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión, no han podido optar a la

dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

En tercer lugar, como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria, el Anexo contempla la dación en pago de la vivienda habitual, que tiene carácter subsidiario respecto de la reestructuración de la deuda —en todo caso—, y de las medidas complementarias en el supuesto de que fueran solicitadas. Los deudores podrán reclamar la dación en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, viniendo obligada la entidad crediticia a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o a tercero que esta designe. Los efectos y régimen de la dación en pago aparecen definidos en el punto 3 del Anexo:

1. La dación en pago supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.

2. El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien.

3. Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión.

4. Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Aunque la norma hable de dación en pago, lo que se permite aquí, en verdad, no es en puridad tal institución, en tanto no resulta de un acuerdo directo entre deudor y acreedor por el que se da por saldada la deuda. En realidad, la primera iniciativa parte de la entidad crediticia, que debe manifestar su voluntad previa de adherirse al Código de Buenas Prácticas, y solo posteriormente, una vez fallidos los intentos de reestructuración del crédito, se le permite al deudor solicitar la dación en pago, cuya aceptación, ahora sí, resulta obligada para el acreedor hipotecario. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que prácticamente todas las entidades de crédito se han adherido al Código de Buenas Prácticas, lo que en principio hace más viable la opción de la dación en pago que el RDL 6/2012 diseña.

c) Previsiones complementarias

Al margen del contenido del Código de Buenas Prácticas, el RDL 6/2012 incorpora otras previsiones complementarias dirigidas, asimismo, a la protección de los deudores que se encuentren en el umbral de exclusión. Entre estas, el capítulo III del RDL 6/2012 añade una serie de medidas fiscales, introduciendo modificaciones en diversas normas específicas, y el capítulo IV introduce también medidas de carácter procesal, concretamente en el procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca.

Finalmente, a las medidas anteriormente examinadas, previstas para los deudores —con las salvedades mencionadas— situados en el umbral de exclusión, el capítulo V del RDL 6/2012 prevé que todas aquellas personas que hubiesen sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012, puedan ser beneficiarias de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2008/2012. Dichas personas tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos, en las con-

diciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Real Decreto. A estos efectos, la solicitud de la ayuda deberá presentarse en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento (art. 13 RDL 6/2012). De dichas ayudas también podrán beneficiarse aquellos deudores que hubiesen solicitado suscribir contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, siempre que sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del RD 2066/2008, de 12 de diciembre.

Para terminar, debe precisarse que, aunque los contratos de arrendamiento que se suscriban como consecuencia de la aplicación del Código de Buenas Prácticas habrán de considerarse contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la LAU 1994, según ordena explícitamente la disposición adicional única del RDL 6/2012, esta especifica algunas cuestiones que particularizan su régimen jurídico, referentes a la duración del contrato, la renta y el desahucio. Concretamente, la duración de estos contratos será de dos años, sin derecho a prórroga, salvo acuerdo escrito de las partes; la renta durante esos dos años quedará establecida de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas, aunque en las prórrogas se atenderá a lo pactado; y a los seis meses del impago, así como transcurridos dos años de duración del contrato sin que el inquilino desaloje el inmueble, el arrendador podrá iniciar el desahucio.

C. EL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS: LA PARALIZACIÓN DE LOS DESAHUCIOS

La tercera medida urgente del Gobierno se toma otros ocho meses después de la publicación del segundo RDL, en esta ocasión a través del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. Esta norma está dirigida a la protección de los deudores que han perdido ya su vivienda como consecuencia de la ejecución hipotecaria, con la finalidad de paralizar los desahucios, cuyo número había continuado incrementándose durante todo el año 2012. Si bien se trata de una nueva medida de carácter excepcional, dirigida como las anteriores a paliar las consecuencias de la crisis para los sectores más perjudicados por ella, en esta ocasión, el legislador por primera vez, también declara expresamente a través de la Exposición de Motivos la necesidad de abordar una futura reforma más profunda del ordenamiento jurídico. El objetivo básico del RDL 27/2012 es la paralización de los desahucios, considerándose esta una medida excepcional y temporal que no altera el procedimiento de ejecución hipotecaria. La excepcionalidad de la medida requiere, obviamente, que se vuelva a acotar el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, que no coincide con el del umbral de exclusión —más restringido— que define el RDL 6/2012. La incorporación de una sola medida queda refleja en una norma de escaso contenido, que se despliega en dos artículos, una disposición adicional, otra transitoria y dos disposiciones finales.

El artículo 1 dispone la suspensión del lanzamiento por el plazo de dos años desde la entrada en vigor del RDL, cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor la vivienda habitual de personas que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad e inmersas en determinadas circunstancias económicas. Los supuestos de especial vulnerabilidad los define el apartado segundo de este precepto:

a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

En cuanto a las circunstancias económicas, el apartado tercero del artículo 1 exige los siguientes requisitos:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. Se entenderá que se ha producido dicha alteración cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que percibe el conjunto de los miembros de la unidad familiar, entendiéndose por esta la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

El deudor deberá acreditar la concurrencia de estas circunstancias en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el juez o el notario encargado del procedimiento mediante la presentación de los documentos que enumera el artículo 2 del RDL 27/2012, relativos a la percepción de ingresos por la unidad familiar, número de personas que habitan la vivienda y titularidad de los bienes.

Dispuesta en estos términos la paralización de los desahucios, la disposición adicional única del RDL 27/2012 encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurran en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del propio RDL. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.

Desde su aprobación, el RDL 27/2012 fue descalificado por distintos sectores políticos y sociales, por considerarse un "parche" a la situación que siguen viviendo las familias sobreendeudadas en nuestro país; en otra línea, también se le criticó por conllevar un frontal ataque al artículo 33 de la Constitución Española, por cuanto priva a quien se ha convertido en propietario de la vivienda, por medio de la

adjudicación, del uso y disfrute de la misma, sin derecho a una indemnización o justiprecio por la privación de dichas facultades (Ruiz-Rico Ruiz./De Lucchi López-Tapia: 2012:1).

Parecía incuestionable en aquellos momentos que la medida de paralizar los desahucios había de ser abordada de forma urgente, pero no debía alargarse en el tiempo la incorporación de otros mecanismos que frenasen la prolongación de las situaciones de sobreendeudamiento de los deudores hipotecarios afectados por la crisis económica, aunque sin introducir reformas legislativas que deterioraran la seguridad de nuestro sistema hipotecario. Ese tipo de reformas eran observadas atentamente por la Unión Europea, en tanto cualquier reforma normativa que afectase al sector financiero era una de las condiciones para el rescate bancario. El Ejecutivo comunitario estimaba que los cambios en la legislación hipotecaria que estaba estudiando el Gobierno español nada más aprobarse el RDL 27/2012 podían afectar al sector financiero y, por tanto, estaban cubiertos por esta obligación de consulta previa al equipo técnico de la Comisión y del Banco Central Europeo, condición que aparece claramente en el memorándum firmado para lograr la recapitalización de la banca; insistían en que la reforma no debía suponer un coste extra al contribuyente europeo o afectar al saneamiento de la banca, de lo contrario tendría que compensarse con otros mecanismos.

La respuesta anunciada del legislativo, en cualquier caso, no se hizo mucho más de rogar, pues a los seis meses de la aprobación del RDL 27/2012, fruto de la tramitación conjunta de la Proposición de Ley elaborada por el Gobierno y la Iniciativa Legislativa Popular, se aprueba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que entra en vigor al día siguiente, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Esta Ley viene no solo a modificar lo establecido por los tres decretos-leyes que la precedieron, sino que introduce reformas, como hemos anticipado, en diversos cuerpos normativos.

3. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

Era evidente que, tras las medidas urgentes tomadas sucesivamente por el ejecutivo, la respuesta del legislativo se hacía más que necesaria, máxime cuando habían transcurrido ya casi dos años desde la primera iniciativa puesta en marcha al final de la anterior legislatura a través del RDL 8/2011. El Gobierno había justificado la necesaria celeridad en la adopción de nuevas medidas de protección de estos deudores hipotecarios en el derecho constitucionalmente reconocido a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), que ha de guiar la actuación de los poderes públicos en consonancia con el artículo 53.3 de la Constitución Española, tal como indicara la Exposición de Motivos del RDL 6/2012. Sin embargo, a pesar de tan plausible intención, no se puede dejar de censurar al legislador su incapacidad para solventar el problema de la vivienda en nuestro país, como ha señalado la doctrina (Nasarre Aznar: 2011: 2713-2714).

En nuestra opinión, el originario ámbito subjetivo de aplicación del RDL 6/2012 era excesivamente estrecho, dados los exigentes requisitos con los que la norma definía el umbral de exclusión; como ha señalado la doctrina, ello no significa que la norma sea inútil, pero sí insuficiente, dado el altísimo índice de desempleo y la existencia de casi nueve millones de hipotecas constituidas entre 2000 y 2008 (Jiménez París: 2013: nº 735: 361). En el mes de mayo de 2013, el Ministerio de Economía y Competitividad da a conocer que durante

el primer año en vigor del Código de Buenas Prácticas se registraron 4.385 solicitudes para acogerse al mismo por parte de deudores hipotecarios, de las que casi la mitad, 2.190 casos, fueron rechazadas por no cumplir con las exigencias mínimas; entre ellas, se llevaron a cabo 298 daciones en pago y 594 reestructuraciones de deuda; otros 238 solicitantes desistieron y más de 1.000 seguían en trámite en abril.

Frente a estos datos, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España hace público que las entidades financieras concedieron a lo largo de 2012 un total de 14.229 daciones en pago sobre vivienda, lo que supone el 21,6% del total de los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados y el 36,5% de las ejecuciones por ejecución de hipoteca sobre vivienda registradas. Ello demuestra, como entiende el citado Colegio, que la figura de la dación en pago se utiliza continuamente en la práctica bancaria habitual, aunque pueda ser planteada de forma más o menos selectiva según las distintas entidades financieras. Esta discordancia entre los datos aportados por una y otra institución reflejan que las daciones en pago negociadas al margen de la aplicación del Código de Buenas Prácticas son muy superiores a las conseguidas a su amparo, de lo que puede deducirse que, *a priori,* las medidas introducidas por el RDL 6/2012 poco habían aportando hasta la fecha a la solución del problema, lo que debía hacer plantearse al legislador una modificación de los estrechos márgenes del umbral de exclusión.

Si tomamos los datos oficiales publicados por el Consejo General del Poder Judicial, se elevan a un total de 47.943 los desahucios producidos en el primer período estadístico computado tras la vigencia del RDL 6/2012, arrojando una media diaria de 526 desalojos forzosos entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2012, lo que supone un nuevo número récord. Parece que la medida de la dación en pago que acoge el Código de Buenas Prácticas no resulta suficiente y se siguen reclamando otras iniciativas. La nueva ley debía, pues, resultar más incisiva en aras de la protección de los deudores hipotecarios sin recursos.

Como es sabido, la tramitación como ley por la vía de urgencia del RDL 27/2012, a la que se unió la de la ILP admitida en el Congreso el 12 de febrero de 2013, se tradujo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que fue aprobada, tanto en el Congreso como en el Senado, con el solo apoyo del Grupo Popular. En el Senado se rechazaron los tres vetos y las 273 enmiendas presentadas a la proposición de ley, lo que fue objeto de fuertes críticas por parte de la oposición. La Ley 1/2013 se divide en cuatro capítulos: el primero se refiere a la suspensión de los lanzamientos, reproduciendo lo preceptuado por el RDL 27/2012; el segundo y el tercero incorporan, respectivamente, medidas de mejora del mercado hipotecario y del procedimiento de ejecución hipotecaria, introduciendo numerosas modificaciones en distintos textos normativos, como la LH, la LMH y la LEC; y el cuarto capítulo se dedica a la modificación del RDL 6/2012.

A. SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS

La Ley 1/2013 se limita —realizando una derogación tácita del RDL 27/2012, como señala la doctrina (Jiménez París: 2014: nº 742: 748-764)—, a reproducir los artículos 1 y 2 de éste, tan solo incorporando, entre las circunstancias económicas que se exigen al deudor hipotecario para solicitar la paralización del desahucio durante dos años, la elevación del límite que no ha de superar el conjunto de los ingresos de la unidad familiar en determinados casos de enfermedad, incapacidad o dependencia de la persona del ejecutado o de su cuidador, multiplicando por cuatro o cinco veces, en lugar de tres, el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. A nuestro modo de ver, la Ley 1/2013 pierde así la oportunidad, por un lado, de ampliar el círculo de deudores que, encontrándose en precarias circunstancias

económicas, puedan acogerse a la medida paralizadora de los lanzamientos; y, por otro, de aclarar el futuro de las familias una vez transcurridos los dos años de suspensión del desahucio. Creemos que las exigencias económicas descritas deberían ser suficientes para acogerse a la medida, sin necesidad de encontrarse en una de las situaciones definidas como de especial vulnerabilidad. La exigencia conjunta de ambas circunstancias dejaría al margen de este beneficio a familias desfavorecidas sin causa justificable, como sería el caso de una pareja con dos hijos mayores de tres años que cumple con los requisitos económicos señalados, que puede encontrarse en situación tan vulnerable como una unidad familiar con un hijo de tres años o una unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo; o el caso de un deudor hipotecario en paro que no haya agotado las prestaciones por desempleo ni se encuentre en alguna de las circunstancias consideradas de especial vulnerabilidad.

En cuanto al plazo de paralización de los desahucios, la Ley 1/2013, como hiciera el RDL 27/2012, se ciñe a suspender durante el transcurso de dos años desde su publicación los lanzamientos de estas personas, en la confianza de que —dice su Preámbulo—, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual; para la doctrina, la posibilidad de permanecer en la vivienda ejecutada aparece en virtud de un derecho legal de habitación o un comodato forzoso (Jiménez París: 2013: nº 736: 1230-1257). Evidentemente la norma no resuelve el problema de manera definitiva, confiando en la mejora de la situación de estos deudores en el señalado plazo, por lo demás excesivamente breve, particularmente si tenemos en cuenta las previsiones de las que disponemos sobre la lentitud de la recuperación económica. La cuestión es que estas personas, que siguen endeudadas con la entidad bancaria por un préstamo que continúa devengando intereses moratorios, aunque estos se hayan rebajado —ya que lo que se paraliza son los desalojos, no la ejecución hipotecaria ni el devenir normal del crédito—, difícilmente puedan recuperarse de su situación de sobreendeudamiento en el plazo de dos años.

Ante esta eventualidad, la Ley 1/2013 incluye algunas previsiones hacia el futuro, como la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario cuando concurran en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 de la propia norma, facilitándoles el acceso a contratos de arrendamientos con rentas asumibles en función de los ingresos que perciben, según dispone la disposición adicional primera de la Ley1/2013. También prevé esta disposición que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1 de la misma. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto.

B. INCIDENCIA EN TEXTOS NORMATIVOS REGULADORES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La incidencia de la Ley 1/2013 en los diversos textos normativos reguladores del préstamo hipotecario, bien en el momento de la celebración del préstamo o bien durante el proceso de ejecución de la hipoteca que lo garantiza, es amplia, por lo que no podemos detenernos en todas y cada una de las modificaciones que introduce, sino realizar una breve referencia a algunas de ellas. Así, entre otras reformas, esta Ley modifica el artículo 114 LH, introduciendo un límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual; el artículo 129 LH, regulando el proceso de venta extrajudicial del inmueble hipotecado; diversos preceptos de la LMH re-

feridos a las sociedades de tasación —para un mayor control de las mismas—, a la financiación máxima —fijándola en el 80% del valor del inmueble—, y al plazo de amortización del préstamo, limitándolo a un máximo de 30 años (art. 5.2 LMH); numerosos artículos de la LEC, introduciendo mejoras en el proceso de ejecución hipotecaria, como las que se refieren a la oposición a la ejecución por existencia de cláusulas abusivas (art. 695 LEC), las quitas que se prevén a favor del deudor hipotecario de una vivienda habitual en caso de insuficiencia de lo obtenido en la subasta para la completa satisfacción del crédito (art. 579.2 LEC), la relajación de los requisitos para facilitar la participación en la puja (art. 647.1 LEC), la elevación del porcentaje mínimo del precio de adjudicación a falta de postores al 70% (art. 671 LEC) y la exigencia de que el vencimiento anticipado en caso de deudas a plazos solo pueda reclamarse por el impago por el deudor de al menos tres plazos mensuales.

La Ley 1/2013 recoge varias de las reformas que proponían algunas de las iniciativas parlamentarias anteriores a su publicación, orillando otras más drásticas como, por ejemplo, la admisión como nueva causa de oposición a la ejecución en el artículo 695 LEC la imposibilidad por el deudor, en determinadas circunstancias, de cumplir con su obligación de pago, o la inviabilidad de iniciar la ejecución dineraria cuando el remate obtenido en la subasta de la vivienda habitual del deudor sea insuficiente para la satisfacción completa del crédito (art. 679 LEC). Algunas otras modificaciones no admitidas se propusieron como enmiendas al texto, bien en el Congreso o bien en el Senado, entre ellas: la rebaja del límite de intereses del artículo 114 LH a dos veces el interés legal del dinero; límites temporales y cuantitativos más exigentes para la concesión del crédito (modificando el art. 5 LMH); denuncia ante el juez, mediante un simple escrito, de cláusulas abusivas en cualquier estadio del procedimiento (en el art. 579 LEC); o la adjudicación de la finca subastada a falta de postores, en caso de vivienda habitual, por el 100% del valor de tasación o, en otras propuestas, por el 80% o la totalidad de la deuda, si esta fuera mayor.

C. MODIFICACIÓN DEL RDL 6/2012

Debe precisarse que, aunque la Ley 1/2013 incide en el texto del RDL 6/2012, no son tantas ni tan significativas las modificaciones que en él introduce, como la extensión de la misma podría hacer pensar. Efectivamente, la Ley 1/2013 comienza por introducir un segundo párrafo en el artículo 2 del RDL 6/2012, ampliando la aplicación de las medidas previstas por el mismo a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual, con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. La incorporación de esta previsión ha de ser bienvenida; la cobertura efectiva de la norma era dudosa porque requería que todos los garantes de la deuda estuvieran en la misma situación, por lo que excluía el supuesto de los parados que hubiesen sido avalados por personas que no reunían las condiciones de exclusión. Por este motivo, la extensión de la cobertura era incierta, pues se cree que en los últimos tiempos la mayoría de las hipotecas incluían garantías personales adicionales

También es objeto de diversas modificaciones el contenido del artículo 3 del RDL 6/2012, que define el umbral de exclusión, exigiéndose parecidos requisitos económicos y de vulnerabilidad a los que enumera el artículo 1 de la Ley 1/2013 para solicitar la paralización de los desahucios. A partir de la reforma, se considerarán situados, pues, en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y

los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. Dicho límite se eleva a cuatro o cinco veces el citado indicador en caso de que el deudor o algún miembro de la unidad familiar sufra de diferentes grados de incapacidad o dependencia.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias de enfermedad, dependencia o incapacidad previstas en el segundo párrafo del apartado a).

Como puede observarse, la modificación sustancial del artículo 3 del RDL 6/2012, que define el umbral de exclusión, aunque supone ahora la exigencia de parecidos requisitos económicos y de vulnerabilidad que el artículo 1 requiere para solicitar la paralización de los desahucios, estos son dispuestos en distinto orden y en diferente nivel de concurrencia. Lo cierto es que la lectura comparativa de ambos preceptos resulta enormemente farragosa. En realidad, el umbral de exclusión exige tres presupuestos: a) ingresos no superiores a tres veces el IPREM, con las excepciones por discapacidad que se señalan; b) alteración significativa de las circunstancias económicas en los cuatro años anteriores o, alternativamente, la aparición sobrevenida en dicho período de circunstancias familiares de especial vulnerabilidad (que coinciden, aunque no en el mismo orden, con las cuatro primeras situaciones recogidas en el artículo 1); y c) cuota hipotecaria superior al 50% de los ingresos netos familiares. Se omite el cuarto presupuesto del artículo 1: que se trate de un préstamo hipotecario que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. A partir de la reforma, se considerarán situados, pues, en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos las tres antedichas circunstancias, considerando la concurrencia alternativa de alteración de circunstancias económicas y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad, en los términos descritos. En definitiva, los requisitos para acceder a la paralización de los desahucios son más exigentes que los requeridos para el umbral de exclusión. Es evidente que hubiese sido más fácil, además de más comprensible para cualquier aplicador del Derecho, establecer los mismos requisitos para ambas situaciones y de forma más clara y precisa. Pero también hubiese supuesto ampliar el ámbito subjetivo de acceso a la paralización de los desahucios si se opta por

los presupuestos del umbral de exclusión, que es lo que hemos de suponer que se ha querido evitar.

En líneas generales, pues, la Ley 1/2013 amplía el ámbito subjetivo del umbral de exclusión, prescindiendo de la necesaria concurrencia de ciertos requisitos. Así, desaparece el presupuesto de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, sustituyéndose por la exigencia de que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el IPREM (fijado desde 2010 en 532,51 euros mensuales); aunque luego se exija que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Resulta asimismo plausible que se rebaje del 60% al 50% el porcentaje de los ingresos netos de la unidad familiar que haya de suponer la cuota hipotecaria. Como aspecto negativo, sin embargo, el nuevo apartado 2 del artículo 3 del RDL 6/2012 añade otros requisitos más estrictos —que anteriormente se exigían con carácter general como definidores del umbral de exclusión— para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo. Es decir, los requisitos exigidos para considerar al deudor en el umbral de exclusión antes mencionados solo le darán derecho a reclamar las medidas previas a la ejecución hipotecaria, medidas para la reestructuración de la deuda que describe el Código de Buenas Prácticas. Para la solicitud del resto de medidas que contempla dicho Código, complementarias —quitas en el capital pendiente de amortización— y sustitutivas de la ejecución —dación en pago de la finca hipotecada—, será necesario reunir los presupuestos de orden económico anteriormente indicados que ya exigiera el antiguo artículo 3 RDL 6/2012, lo que introduce, a nuestro juicio, una discriminación respecto de estas medidas escasamente justificable.

Junto a la modificación de los requisitos del umbral de exclusión, la Ley 1/2013 introduce otras novedades, entre ellas: la posibilidad de que los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión puedan exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada (art. 3 bis); la rebaja de 0,5 puntos en los intereses moratorios reclamables al deudor que se encuentre en el umbral de exclusión, que no podrán ahora superar el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el contrato un 2% sobre el capital pendiente del préstamo (art. 4); la elevación de los precios máximos de adquisición de los inmuebles sobre los que recae la hipoteca que garantiza el préstamo, requeridos para que resulten aplicables las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución, ampliándose dicho valor si en la vivienda habitan personas a cargo; la obligación de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código (art. 5.9); un refuerzo del control del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas por las entidades adheridas al mismo, aumentando de cuatro a once los miembros de la Comisión de Control creada a tal efecto.

Tampoco queda ajeno a las reformas el Anexo del RDL 6/2012, aunque la incidencia en el mismo de la Ley 1/2013 resulte leve. Por lo que se refiere a las medidas previas a la ejecución, prevé que el deudor, sin perjuicio de la obligada actuación de la entidad crediticia, podrá presentar en todo momento a esta 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 cuanto a las medidas complementarias, se entenderá ahora como plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50% de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros

de la unidad familiar, rebajando la cifra del 60% anteriormente existente, acompasándola así con el requisito exigido para definir el umbral de exclusión. Se añade también un último inciso al apartado iii) del punto 2.b), relativo a la reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, entendiéndose ahora que esto sea así siempre que el primero resulte inferior al segundo. Y en cuanto a las medidas sustitutivas de la ejecución, poco se ha modificado, pues la reforma se reduce a rebajar el interés de demora que devengará el impago de la renta del 20 al 10%. Por tanto, la dación en pago con carácter general que reclamaba la ILP no se contempla en ningún momento.

Finalmente, la Ley 1/2013 contiene diversas disposiciones adicionales, transitorias y finales, entre las que cabe destacar la disposición adicional primera —referida al fondo social de viviendas en los términos ya señalados— y la disposición transitoria segunda, relativa a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, que ha sido objeto de varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como la del Tribunal de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, presentada el 16 de agosto de 2013, o la del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, de 19 de noviembre de 2013. Concretamente, el párrafo tercero de la citada disposición permite al juez la moderación de los intereses de demora que resulten abusivos, lo que podría conculcar la Directiva 93/13/CEE, ya que, según lo declarado reiteradamente por el propio TJUE, solo se protege al consumidor conforme a la misma declarando la nulidad de las cláusulas abusivas, pues solamente así se disuade a las entidades bancarias de usar dicha práctica (Jiménez París: 2014: 1490-1518), sin que se encuentren facultados para modificar su contenido (STJUE 30 mayo 2013).

La aprobación de la Ley 1/2013 sin haberse acogido apenas enmiendas en su articulado fue objeto de fuertes críticas por parte de los partidos de la oposición. El principal partido de la oposición, en su propuesta de veto al texto presentado en el Senado, reclamaba que la proposición era claramente insuficiente, al no desarrollar un verdadero procedimiento de "segunda oportunidad", ignorar la dación en pago y olvidar aportar soluciones cuando el procedimiento de ejecución hipotecaria afecta al local de negocio en el que el trabajador autónomo ejerza su actividad. Por todo ello, en el mes de agosto siguiente el Grupo Parlamentario Socialista presenta un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, al considerar que vulnera 14 artículos de la Constitución, atentando contra diversos derechos constitucionales, tales como el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio o la tutela judicial efectiva. Se subraya que la Ley 1/2013 no garantiza un control judicial exhaustivo de los procesos de desahucio, introduce discriminaciones en los requisitos que se establecen para la suspensión de los lanzamientos y las ejecuciones hipotecarias y no atiende la obligación de los poderes públicos de proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar un hogar en caso de desalojo, señalando que el fondo social de viviendas no constituye una alternativa. El recurso incide también en la tramitación parlamentaria de la Ley, que considera fraudulenta y contraria a la Constitución, al hacer desaparecer el texto de la Iniciativa Legislativa Popular promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, vulnerando así el derecho a la participación democrática de los ciudadanos en la vida política.

4. REFLEXIÓN FINAL

Un vez realizado este breve repaso a las reformas legales hipotecarias llevadas a cabo en nuestro país tras el estallido de la crisis, en modo alguno exhaustivo, pues se han dejado de lado por cuestión del límite de espacio tanto otras modificaciones contenidas en las normas

analizadas como las medidas legislativas tomadas por algunos parlamentos autonómicos, conviene ahora expresar algunas reflexiones, también concisas, sobre los efectos desplegados por las mencionadas reformas.

Con carácter previo, para valorar dichos efectos deberíamos contar con datos certeros sobre, al menos, la evolución del número de ejecuciones hipotecarias, desahucios y daciones en pago llevadas a cabo en nuestro país en los últimos años. Los datos con los que contamos, sin embargo, provenientes de distintas instituciones —básicamente, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España y el Colegio de Registradores de la Propiedad—, nos proporcionan cifras dispares y difícilmente conciliables, por cuanto parten de criterios diversos de computación, dadas las distintas funciones que cada una desempeña. No obstante, el informe del CGPJ "Una aproximación a la conciliación de los datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios", publicado en el nº 35 del Boletín de Información Estadística, se refiere a las distintas actuaciones que, en respuesta al clamor popular de disponer de más información, se han puesto en marcha desde las mencionadas instituciones, al objeto de determinar con más rigor, entre otros datos, el número de ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual, el número de adjudicaciones y el de daciones en pago, distinguiendo también el número de desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias y de arrendamientos urbanos. Las conclusiones de estas actuaciones aún no se han hecho públicas, aunque ya se han dado a conocer algunas cifras que indican el descenso del número de ejecuciones hipotecarias durante 2013.

Partiendo de los últimos datos estadísticos publicados por el CGPJ, en 2013 se produjeron 82.860 ejecuciones hipotecarias, un 9,8% menos que el año anterior. Los desahucios de viviendas realizados por los juzgados de primera instancia y mixtos alcanzaron la cifra de 67.189, de los que el 38,4% derivaba de ejecuciones hipotecarias y el 56,8% de procesos arrendaticios, considerándose que este descenso pueda tener como una de sus causas la entrada en vigor de la Ley 1/2013; no todos estos casos concluyen con desahucios efectivos, pues los datos se refieren a las diligencias que iniciaron los juzgados en 2013, que muchas veces, llegada la hora del lanzamiento, los jueces suspenden o posponen. Por su parte, desde la entrada en vigor de esta norma, se han suspendido las órdenes de expulsión que pendían sobre más de 8.000 familias, según anunció el Gobierno en abril de 2014, cifras que se consideran insuficientes por los partidos de la oposición y por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

La insuficiencia de las medidas sobre paralización de los desahucios ha llevado al Gobierno a modificar el ámbito de cobertura del fondo social de viviendas, posibilidad ya prevista, como se ha adelantado, por la disposición adicional primera de la Ley 1/2013. Durante 2013, su primer año de funcionamiento, se recibieron 1.537 solicitudes, adjudicándose 780 viviendas, cifra que se revela manifiestamente escasa. Atendiendo a estas necesidades, se ha ampliado el ámbito de aplicación del Fondo Social de Viviendas a personas prejubiladas o jubiladas que hayan avalado las deudas de sus hijos o nietos; a familias con hijos menores de edad y no solo de menores de tres años; a las personas en situación de dependencia o con discapacidad para las que la vivienda supone, de acuerdo con el informe de Servicios Sociales competentes "un activo indispensable para el mantenimiento de su inclusión social y autonomía", no atendiéndose solo al requisito de una discapacidad del 33% o superior; y otras personas o unidades familiares con distintas circunstancias de vulnerabilidad social, previo informe de los Servicios Sociales, lo que amplía el acceso a estas viviendas a muchas situaciones de riesgo social no tipificadas.

Ciertamente, no puede desconocerse que el descenso del número de ejecuciones hipotecarias y de desahucios debe relacionarse de alguna manera con las medidas previstas por la Ley 1/2013 y las iniciadas con anterioridad a través del RDL 6/2012. No obstante, des-

de nuestro punto de vista, las mismas no han resultado suficientes para solventar cumplidamente el problema de la vivienda en nuestro país. En la misma línea que las modificaciones del ámbito de cobertura del Fondo Social de Viviendas, también se debe pensar en reformar los criterios del umbral de exclusión o en introducir ciertas mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Con carácter general, las iniciativas tomadas, primero por el Gobierno y, después, por el legislativo, han de resultar bienvenidas, si bien limitadas para disipar los problemas sociales que la crisis ha creado, a los que, como hemos indicado al inicio de estas páginas, han contribuido entidades financieras, consumidores y gobernantes, pero que a estos últimos, más que a los otros, corresponde paliar. Y en esta tesitura, si bien la incapacidad del ejecutivo para dar solución urgente a estos problemas podía quedar justificada por la imposibilidad de improvisar respuestas a tan graves dificultades, no puede concederse la misma benevolencia al legislador. A nuestro modo de ver, la respuesta del legislador por medio de la Ley 1/2013 podría haberse mejorado al menos en tres líneas de actuación:

- Incorporando una previsión sobre el futuro de las familias desahuciadas más allá de los dos años de suspensión de los desahucios, estableciendo, como mínimo, unos criterios de actuación para el caso de que, transcurrido dicho plazo, la situación económica y financiera continúe en iguales o similares circunstancias a las de hace un año. Piénsese en las familias que consiguieron la paralización de los desahucios por cumplir todos los requisitos exigidos pero que, a los dos años del mismo, son incapaces de seguir pagando la deuda; puede que la situación de algunas familias haya mejorado, hasta el punto de no quedar amparadas ya por el umbral de exclusión, pero continuando siendo incapaces de hacer frente a la deuda.
- Ampliando los criterios del umbral de exclusión para la aplicación de todas las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, o introduciendo un sistema más flexible para el acceso a la reestructuración de la deuda y a la dación en pago. Así, se debería haber introducido en el proceso de ejecución una fase previa obligatoria de renegociación del préstamo, en la que interviniera una comisión u órgano *ad hoc* de la Administración que valorara las circunstancias de cada caso, tanto por parte del deudor hipotecario como por parte de la entidad crediticia, calibrando su intervención imprudente en la concesión del préstamo y las consecuencias que de dicha actitud deben y pueden derivarse a favor de la reestructuración de la deuda, mediante quitas, moratorias o facilitación del acceso al alquiler. En esta línea ha apuntado la doctrina que, en materia de sobreendeudamiento, sería conveniente establecer un sistema que atribuya funciones de mediación a personas o instituciones (Vázquez de Castro: 2013: 3998-4002), con poderes más o menos coactivos o bajo criterios simplemente amigables, y con auxilio o no de la autoridad judicial, pero en todo caso con el fin de hallar un plan de pago que satisfaga los intereses tanto del deudor en dificultades como de sus acreedores; con esta finalidad podría aprovecharse la estructura creada por el sistema de juntas arbitrales de consumo (Trujillo Díez: 2003: 83-85). La rigidez de los criterios del umbral de exclusión impide, en nuestra opinión, atender las necesidades de cada familia en función de las especiales circunstancias que la rodean, por lo que se debería haber dejado más al estudio de una comisión de control, como ha sucedido en la última reforma del Fondo Social de Viviendas, que hace participar a los Servicios Sociales. En esta línea, tam-

bién ha puntualizado la doctrina que, atendiendo al comportamiento y actitud del consumidor frente a su propio endeudamiento, debería incorporarse a nuestro ordenamiento algún expediente de liberación de deudas equilibrado para el deudor de buena fe, barajándose medidas variadas, con carácter temporal o definitivo, como fraccionamiento de pagos, reducción del tipo de interés, remisión o condonación total o parcial de la deuda o intereses moratorios, etc. (Busto Lago/Álvarez Lata/Peña López: 2010:1316).

– Aprovechando la oportunidad para reformar aspectos más generales relativos a la regulación del préstamo hipotecario, tanto en lo relativo a la fase de contratación del préstamo como a la del proceso de ejecución de la hipoteca. En relación a la primera cuestión, debería haberse reforzado la atención a la transparencia en la contratación bancaria, clarificando la múltiple y farragosa normativa existente en la materia, y regulando con detalle el préstamo responsable y las consecuencias de su incumplimiento por parte de las entidades crediticias. Por lo que se refiere a la ejecución, también podría el legislador haber clarificado el procedimiento de subasta, especialmente en lo relativo a la publicidad y transparencia de la misma para la intervención de postores, y haber otorgado mayor protagonismo a los medios convencionales de realización del inmueble.

En cualquier caso, deben ser bien acogidas las reformas introducidas en la LEC y en la LMH relativas a los límites de financiación de la hipoteca y al plazo máximo de amortización del préstamo, cuyo anterior descontrol ha llevado a muchos deudores hipotecarios a la situación de sobreendeudamiento en la que se encuentran, convirtiéndose además en una de las causas que vienen impidiendo la reestructuración de sus deudas. Estas circunstancias hacen difícil que un sistema de segunda oportunidad como el francés —en el que una comisión especial de sobreendeudamiento nombrada por la Administración, puede, a falta de acuerdo entre el deudor y sus acreedores, proponer diversas medidas (plan recomendado), como aplazar el pago de una parte de la deuda, la reducción de los tipos de interés y también la cancelación de deudas, incluidas las fiscales (Zabaleta Díaz: 2010: 307-310)— pueda alcanzar en España el éxito que se esperaría del mismo, y entorpecen asimismo la viabilidad de una salida negociada como la que hemos propuesto.

Idéntica consideración favorable merecen algunas otras modificaciones introducidas en el proceso de ejecución, como la posibilidad de oponerse a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, las quitas a favor del deudor hipotecario de una vivienda habitual en caso de insuficiencia de lo obtenido en la subasta para la completa satisfacción del crédito o la elevación del porcentaje mínimo del precio de adjudicación a falta de postores al 70%.

Claro que, la evidente necesidad de reformas del sistema hipotecario en protección de los deudores sin recursos no nos impide apreciar los perjuicios que significan para el mercado financiero. En este sentido, la disminución del número de ejecuciones hipotecarias y desahucios ha venido de la mano de un drástico descenso del número de préstamos hipotecarios celebrados en España en los últimos tiempos, que ha sufrido caídas mensuales consecutivas desde hace más de tres años; aunque según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística en el mes de marzo de 2014 se constituyeron más hipotecas para compras de vivienda que en el mismo mes del año pasado, algo que no sucedía desde 2010. Durante 2013 se concertaron 197.641 hipotecas, cifra que se alcanzaba tan solo en un período de mes y medio en la época anterior a la crisis. Las desventajas para el consumidor futuro, en concreto para al adquirente potencial de vivienda —que ya fueran puestas de manifiesto, como hemos señalado anteriormente, por algún sector de la

doctrina tras la aparición del RDL 8/2011—, no son menos evidentes que la necesidad de proteger al deudor hipotecario actual.

En esta línea de pensamiento, alabamos de igual manera al legislador por no haber incorporado a nuestro ordenamiento la dación en pago generalizada obligatoria para el acreedor reclamada desde distintos sectores sociales y políticos; una medida de tal calibre desencadenaría consecuencias devastadoras en el sistema hipotecario español. Se trataría de una propuesta que, suponiendo la extinción de la responsabilidad universal del deudor en estos supuestos, afecta a la esencia del modelo hipotecario español y, por la importancia del sector inmobiliario, a la economía española; y, "formulada en términos de dar solución a los problemas derivados de la ejecución del actual stock de préstamos hipotecarios, impactaría de manera relevante y difícilmente mitigable en la solvencia del sistema financiero español y, sobre todo, en la credibilidad de España como país que ofrece a los inversores un nivel de seguridad jurídica aceptable" (García Crespo: 2011:8). Estas observaciones encuentran apoyo en el informe "Mercado Hipotecario Español. Análisis de las repercusiones de un eventual cambio regulatorio en las garantías", elaborado por la consultora Oliver Wyman en mayo de 2011, disponible en la página web del Banco de España, que señala que la dación en pago resultaría desfavorable tanto para las entidades financieras como para los ciudadanos. No son pocas las voces doctrinales que advierten de los peligros de la aceptación generalizada de la dación en pago y que han manifestado no ser ésta la mejor opción para solventar los problemas que la crisis ha ocasionado en el mercado hipotecario (Gómez Gálligo: 2013: 34-35; Martín Briceño: 2013: 385; Pérez Gurrea: 2013: 476), aunque no falta quien piensa que los inconvenientes que la afectación de los pilares de nuestro sistema hipotecario que ello supondría podrían salvarse (Goñi Rodríguez de Almeida: 2013: 270).

Las respuestas a la crisis en aras de la protección de los deudores hipotecarios otorgadas por el Gobierno y por el legislador siempre han tenido como límite —según se ha señalado— la preservación de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario, por cuanto la significación social y económica de la hipoteca exige que no se desnaturalice su régimen con mengua de su efectividad. Incumbe al legislador asegurar que este instrumento de aseguramiento del crédito goce de las máximas garantías de efectividad y seguridad, tanto para los inversores como para los propietarios; y a él corresponde también, llegado el caso, adaptar el marco jurídico en el que se mueve la hipoteca a las cambiantes circunstancias económicas y financieras, a fin de evitar que la implementación de la normativa hipotecaria desestabilice el mercado haciendo imperar las desventajas de la garantía sobre los resultados beneficiosos para los que fue creada y regulada. Y a esta intervención se ha visto abocado el legislador como consecuencia de la crisis económica que nos sacude. No cabe, en caso alguno, como se apuntó al inicio de estas páginas, simplemente vilipendiar nuestro centenario sistema hipotecario.

A modo de conclusión, cabe pues realizar una reflexión final sobre lo sucedido en España en los últimos años, en el ámbito social y en el legislativo, en relación al sistema hipotecario, planteándonos el siguiente dilema: ¿nos encontramos en un camino de no retorno, o una vez superada la crisis económica volveremos a la situación anterior?; ¿deberían persistir los límites a la concesión de créditos hipotecarios o volver a una política de fomento del mercado financiero? Creemos que la respuesta —aventurada en cualquier caso— a este interrogante no puede ser otra que la nacida de la prudencia; la del hombre —en este caso, el legislador— que actúa observando sus errores. Sería un desacierto, en nuestra opinión, regresar a un escenario financiero sin límites legales precisos o insuficientemente controlado. Quizás haya llegado el momento de que España empiece a acomodarse a la cultura del alquiler, abandonando la de la hipoteca; o, por el contrario, tal vez lo sucedido estabilice de-

finitivamente el mercado, circunstancia de lo que sin duda es reflejo el repunte en la concesión de hipotecas que ya se ha experimentado a comienzos de 2014.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ACHÓN BRUÑÉN, Mª José, "Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales", *Diario La Ley*, nº 8127, 16 julio 2013, pp. 1 y ss.

– "Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas", *Diario La Ley*, nº 8031, 26 febrero 2013, pp. 1 y ss.

– "Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos", *Diario La Ley*, nº 8087, 21 mayo 2013, pp. 1 y ss.

ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

ARRUÑADA, Benito, "La Reforma de la responsabilidad hipotecaria", *RCDI*, nº 731, 2012, pp. 1259 y ss.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, "El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", www.notariosyregistradores.com

BUSTO LAGO, José Manuel (coord.)/Álvarez Lata, Natalia/Peña López, Fernando, *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor,* Aranzadi, 2010.

CARRASCO PERERA, Ángel, "Tipo para subastas hipotecarias, rehabilitaciones, declaraciones de obra nueva y otras regulaciones inmobiliarias en el Real Decreto-Ley 8/2011", *Diario La Ley*, nº 7698, 20 septiembre 2011, pp. 1 y ss.

CASADO ROMÁN, Javier, "Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley 8/2001", *Diario La Ley*, 2012, pp. 1 y ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María, "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", *RCDI,* nº 735, 2013, pp. 111-171.

CASTILLA CUBILLAS, Manuel, "La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios", *AC,* 2011-1, pp. 1355 y ss.

ESTRADA ALONSO, Eduardo/FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, "El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. CatalunyaCaixa), *RCDI,* nº 737, pp. 1415-1475.

FERNÁNDEZ SEIJO, José Mª, *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias,* Bosch, Barcelona, 2013.

GARCÍA CRESPO, José Manuel, "Mercado hipotecario y seguridad jurídica", *Diario La Ley*, nº 7661, 28 junio 2011, pp. 1 y ss.

GARCÍA MEDINA, José, "Alternativas a la subasta", *Diario La Ley*, nº 7324, 20 enero 2010, pp. 1 y ss.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, "Apuntes sobre la venta extrajudicial de bien hipotecado regulada en el RDL 6/2012", http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2012-procedimiento-extrajudicial-fernando-goma.htm

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, "La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios", *RCDI,* nº 741, 2014, pp. 153-175.

– "Presente y futuro de la garantía hipotecaria", *RCDI,* nº 735, 2013, pp. 19-35.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor hipotecante: una perspectiva desde el Derecho civil", *RCDI,* nº 735, pp. 245-272).

– "El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE 14 marzo de 2003 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social", *RCDI,* nº 738, 2013, pp. 2667-2690.

HOLGADO MADRUGA, Federico, "La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo", *Diario La Ley*, nº 8122, 9 julio 2013, pp. 1 y ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, "La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti-desahucios", *RCDI,* nº 742, 2014, pp. 748-764.

– "Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, 'antidesahucios', y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional", *RCDI,* nº 743, 2014, pp. 1490-1518.

– "La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012", *RCDI,* nº 735, 2013, pp. 0273-0357.
– "El Real-Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso?, *RCDI,* nº 736, 2013, pp. 1230-1257.
– "Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español", *RCDI,* nº 738, 2013, pp. 2716-2770.
– "La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo", *RCDI,* nº 740, 2013, pp. 4253-4279.
IGLESIAS ROSADO, Guadalupe, "Vías legales eficaces frente a los lanzamientos hipotecarios*", Diario La Ley*, nº 8074, 2 mayo 2013, pp. 1 y ss.
MARTÍN BRICEÑO, María Rosario, "La dación en pago: sustitución del cumplimiento estricto en una relación obligatoria", *RCDI,* nº 735, pp. 359-388.
MARTÍN PASTOR, José, "La Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social", *Diario La Ley,* nº 8085, 17 mayo 2013, pp. 1 y ss.
MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, "Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda", *RCDI,* nº 735, 2013, pp. 389-422.
MUNAR BERNAT, Pedro Antonio, "El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", www.notariosyregistradores.com
NASARRE AZNAR, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *RCDI*, nº 727, septiembre-octubre 2011, pp. 2665 y ss.
– *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis,* dir. por S. Nasarre Aznar y coord. por H. Simón Moreno, Edisofer, S.L., Madrid, 2011.
NIÑO BECERRA, Santiago, *El crash del 2010,* Barcelona, 2010.
PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, "La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el Derecho español (reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)", *Diario La Ley*, nº 7590, 16 marzo 2011.
PÉREZ GURREA, Rosana, "Ejecución hipotecaria y protección del deudor hipotecario en el contexto de la crisis económica", *RCDI,* nº 735, pp. 455-480.
ROMERO FLOR, Luis María, "La dación en pago y sus consecuencias fiscales no deseadas", *Diario La Ley*, nº 8022, pp. 1 y ss.
RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel/LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, Tecnos, Madrid, 2013.
TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús, *El sobreendeudamiento de consumidores,* Comares, 2003.
VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, "Aspectos sociológico, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos", *RCDI,* nº 736, pp. 481-507.
VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, "La solución negociada ante la ejecución hipotecaria", *RCDI,* nº 740, pp. 3973-4006.
VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, "El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda: una cuestión de riesgos", *AC,* 2011-2, pp. 1451 y ss.
VIVES MARTÍNEZ, Gemma, "Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago", *Diario La Ley*, nº 7908, 24 julio 2012, pp. 1 y ss.
ZABALETA DÍAZ, Marta, "El concurso del consumidor", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 2010, pp. 301 y ss.
ZURITA MARTÍN, Isabel, *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago,* La Ley, Madrid, 2014.

Fecha de recepción: 2 de junio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

POST-CRISIS EVOLUTION OF THE MORTGAGE LEGISLATION. A COMPARATIVE PERSPECTIVE IRELAND-SPAIN"

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

Karen Lynch-Shally

ABSTRACT

Ireland and Spain experienced similar developments in pre-crisis housing and mortgage markets and accordingly, national legislatures and regulatory authorities were faced with similar challenges in the post crisis context. This article examines the evolution of national legislation to respond to the legacy effects of pre-crisis mortgage loan origination and, measures introduced to reform the statutory framework for lending. It identifies the common objective in the various responsive measures and proceeds to highlight the similarities and distinctions in form, effect and scope of national provisions. The article juxtaposes Irish and Spanish measures to assist distressed mortgagors and despite the common focus on loans in respect of the primary residence, a distinction is drawn between the targeted Spanish measures and their broader Irish counterpart. Notwithstanding convergence in the substance of measures regulating current lending practices, there is a fragmentation of applicability evident in Spain which is not replicated in the Irish context. The article highlights the capacity for EU legislation to increases the convergence of national frameworks in respect of this fragmentation whilst also identifying a notable and recent distinction in the impact of EU legislation on existing national frameworks.

KEYWORDS

Mortgages, Legislation, Consumer Protection, Ireland, Spain.

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.

POST-CRISIS EVOLUTION OFTHE MORTGAGE LEGISLATION

A comparative perspective Ireland-Spain

Karen Lynch-Shally
National University Ireland (Galway)

Sumario: 1. Introduction. 2. Post Crisis Evolution – Dual Orientation. A. Pre-Crisis Lending – Responsive Measures. B. Post Crisis Lending – Reform of Legal Framework. 3. EU Provisions and National Legal Frameworks. 4. Conclusion. Bibliographic note. Legislation. Cases

1. INTRODUCTION

There are striking parallels between Ireland and Spain from an economic, social and legal perspective. In a pre-crisis economic context, both experienced significant and sustained house price inflation and mortgage market expansion and, in the subsequent reversal of house price trends, they were amongst those countries which experienced the highest consistent price falls in Europe[1]. The bursting of the housing bubble and the ensuing global recession led to a significant increase in national unemployment and exposed an indebtedness crisis amongst mortgage consumers; most notably those who were adversely impacted by increased unemployment and those who contracted in the inflationary pre-crisis context when loan origination was premised less on affordability and sustainability than on assumptions of continued asset price appreciation. In both jurisdictions, the legal framework for residential mortgages, which had been comparatively static in a pre-crisis context, became increasing dynamic as national legislatures and regulators attempted to respond to the deficits exposed by the crisis and the related social issues. This article identifies the evolution of the post crisis national frameworks and identifies the similarities and distinctions in the objective, form, scope and impact of the responsive provisions.

2. POST CRISIS EVOLUTION – DUAL ORIENTATION

In Ireland and Spain, the rights and obligations of the parties to a mortgage loan contract are contained in a variety of constitutional provisions and primary and secondary legislation. Whilst the national constitutional provisions applicable to the mortgage context remain unaltered in both Ireland and Spain, there has otherwise been significant reform of various components of the national statutory framework applicable to mortgages, both through the amendment and /or replacement

of existing statutes and, the introduction of provisions which did not have a pre-crisis equivalent[2]. The comparatively static pre-crisis framework may thus be juxtaposed with its more dynamic post crisis counterpart. A pre-requisite to any examination of the post crisis evolution of mortgage legislation is the need to delineate between the dual orientation of relevant reforms. In Ireland and Spain, there were interventions which had, what might be termed, a "retrospective focus", in that they focused on the legacy of pre-crisis loan origination in response to the social crisis of over indebted mortgage consumers. In addition, there were measures which in contrast, had a "prospective focus", in that the reform was directed towards the statutory parameters for interaction between lenders and borrowers in the context of post crisis loan origination.

A. PRE-CRISIS LENDING – RESPONSIVE MEASURES

The issue of how to respond to over indebted mortgage consumers is one which has by necessity, been addressed in both Ireland and Spain. Statistics compiled by the Central Bank of Ireland highlight a sustained and significant increase in the rate of mortgage arrears in the period from 2009 onwards notwithstanding a comparatively low rate of repossessions[3]. In Spain, notwithstanding comparatively conservative official arrears rates quoted by the Banco De España, statistics from the Consejo General del Poder Judicial España point to an escalation in the number of evictions in the post crisis context[4]. Expressed as a percentage of nominal GDP, household debt in Ireland was 116.6 per cent compared with Spain at 83.8 per cent by the end of 2011[5]. Notwithstanding the common objective in statutory intervention in respect of pre-crisis loan origination, there are distinctions in the quantity, scope and nature of the interventions which merit attention.

IRELAND

(i) Code of Conduct on Mortgage Arrears (CCMA)

In Ireland, the statutory response to the issue of distressed mortgagors has been provided through secondary legislation; the Code of Conduct on Mortgage Arrears (CCMA). The CCMA addresses the context where the borrower is having or, anticipates having difficulty, in meeting their repayment obligations under the mortgage contract[6]. The CCMA was first introduced in February 2009, as a temporary measure for a period of 12 months but due to a deepening of the crisis, it was renewed for a further 12 month period. In January 2011, the temporal limitations on the applicability of the CCMA were removed and it became a permanent feature of the regulatory landscape[7]. The current CCMA, (effective as of 1st July 2013) applies to "the mortgage loan of a borrower which is secured by their primary residence" and, is applicable to all regulated lenders, except credit unions[8].

The CCMA imposes a statutory obligation on the lender to engage with the borrower in an attempt to put in place arrangements to resolve the arrears problem[9]. The centrepiece of the CCMA is a four step Mortgage Arrears Resolution Process (MARP), which is comprised of; communication with the borrower, financial information, assessment and resolution[10]. Where a borrower is co-operating with the lender the CCMA imposes a temporary moratorium on the commencement of enforcement proceedings in relation to the primary residence[11]. Notwithstanding the commencement of legal action, it requires lenders to attempt to maintain contact with the borrower or their representative[12]. In the event that agreement can be reached and an alternative arrangement put in place before an order for possession is granted, the lender is obliged to apply to the court to suspend proceedings for the period that the borrower adheres to the terms of the alternative repayment arrangement[13]. Where a borrower is engaged in the process, the CCMA

imposes restrictions on the charges and/or surcharge interest on arrears to prevent an escalation of the borrowers' indebtedness[14].

The CCMA clearly defines what constitutes a non-co-operating borrower[15]. It also addresses organisational aspects of the arrears process, such as personnel and contact points, staff training and systems requirements[16]. The CCMA mandates the scope and content of information to be provided to borrowers[17]. It requires that processes and justification of options are documented and the lender is required to be able to demonstrate compliance with the Code[18]. It requires lenders to implement a communications policy and regulates the circumstances in which unsolicited personal visits may be made to the borrower's primary residence[9]. The underlying objective of the CCMA is to prevent the loss of homes by facilitating the rehabilitation of viable loans; however there is no suggestion that every loan is viable. The CCMA outlines the requirements imposed on lenders where the MARP process results in a finding that the loan is not viable[20].

Section 117 of the Central Bank Act 1989 provides the statutory basis for the CCMA, (as it does for the Consumer Protection Code (CPC) which is addressed elsewhere in this article)[21]. Ostensibly, breach of the provisions of either of the Codes incurs administrative sanction, but, significantly, does not affect the validity of the loan contract. However, the question of whether the provisions of the CCMA are implied contractual terms and the implication of breach on the rights of the lender in the context of repossession proceedings has been subject to judicial analysis in recent Irish case law. In *Stepstone Mortgage Funding v Fitzell*, Laffoy J. in the High Court, refused an order for repossession on the basis that the provisions of the CCMA had not been complied with:

I find it impossible to agree with the proposition that, in proceedings for possession of a primary residence by way of enforcement of a mortgage or charge to which the current code applies, which comes before the court for hearing after the current code came into force, the plaintiff does not have to demonstrate to the Court compliance with the Current Code[22].

In a subsequent High Court decision, *Irish Life and Permanent PLC v. Malcolm Duff and Susan Duff,* Hogan J. following the reasoning of Miss Justice Laffoy in *Stepstone* refused an order for possession on the basis of non-compliance by the lender with the provisions of the Code[23]. In 2013, the report of a Government appointed expert group on repossession observed in respect of this thread of case law, "it appears therefore that under the law as it currently stands compliance with the CCMA is a necessary condition for lenders seeking to obtain court orders for repossession of primary residences"[24].

SPAIN

In contrast to the singular Irish framework, the Spanish approach has been more fragmented. This observation is premised on the introduction of a series of successive legislative enactments with varying objectives, approaches and durations from 2008 onwards.

(i) Royal Decree 1975/2008

The initial legislative response came in the form of Royal Decree 1975/2008 of 28th November, which introduced a partial moratorium on the payment of mortgage loans by debtors subject to the fulfilment of certain criteria in respect of employment, income status and loan characteristics. The objective of the legislation was to contain the extent of mortgage default and prevent the loss of their home for mortgagors whose capacity to meet on-going financial obligations had deteriorated due to the downturn in the Spanish economy. The scheme had temporal limitations and although Law 97/2009 of 6th February 2009, extended the duration of the moratorium on payment

and also extended the offset period, the moratorium ended as of February 2011[25]. To the extent that these early measures contained a moratorium and were intended to prevent the loss of homes, there are parallels between the Irish and Spanish responses. However, a significant distinction can be made between the nature and scope of the moratorium and its applicability; in the CCMA it is applicable to loans secured by the primary residence without further pre-requisites and it operates to suspend for a specified period the lenders right to initiate an action for enforcement of the mortgage security. In Royal Decree 1975/2008 and its successors, the moratorium relates to a specific quantum of the repayments due under the loan contract and, as eligibility for relief was predicated on satisfying economic criteria and temporal limitations, the measures had targeted applicability (i.e. consumers whose capacity to meet their financial obligations has been adversely impacted by the change in economic conditions and satisfied those conditions as of 1st January 2010).

(ii) Royal Decree Law 8/2011

The second initiative was Royal Decree Law 8/2011 of 1st July which addressed the preservation of income for those who had lost their homes[26]. Its objective was to minimize the residual debt obligation in the context of sale of the residence. This was achieved through reform of provisions of the Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) which addressed the attachment of income where auction of the mortgaged property was insufficient to fully discharge the debt[27] and the provisions relating to the auction process itself e.g. threshold at which the asset could be adjudicated to the creditor and quantum of deposit required by bidders[28]. Whereas the provisions of RD 1975/2008 were directed at a specific niche and were of limited duration, the changes pursuant to RDL 8/2011 were made to the procedural framework regulating the realization of the security by the lender thereby having broader applicability i.e. no temporal limitation and although the provisions in respect of preservation of income were to provide relief to lower income families, the reforms to the auction process to prevent underselling of assets were universally beneficial.

(iii) Royal Decree Law 6/2012

The third Spanish initiative was Royal Decree Law 6/2012 of 9th March 2012. The statute attempted to provide a statutory framework to facilitate debt restructuring and provide alternatives where this was not a viable option[29]. The centerpiece of the statute is a *voluntary* code of practice for the "viable restructuring of mortgage debts on the principal residence" to which it was *hoped* credit institutions and other entities providing mortgage loans would adhere[30]. The scheme was limited to loans which predated the introduction of the legislation and satisfied the eligibility criteria as of that date[31] In order to benefit from the legislation, the debtor had to fall within the "exclusion threshold" as defined in article three[32] and in addition, the purchase price of the property had to fall within the values specified in the statute (which were determined with reference to the municipality in question)[33]. In addition to these provisions the law also amended the procedure for out of court mortgage foreclosure on the *principal residence* of a debtor with a view to preventing abuse via the underselling of assets[34]. A commonality between Law 6/2012 and the CCMA is that both impose limitations on the financial penalties applicable to mortgagors in default. Article 4 of the former impose a cap on the charges which can be imposed on a debtor in default where the debtor has satisfied the conditions of article 3 citing a remunerative interest of 2.5% of the outstanding principal of the loan as the maximum additional interest payable in respect of loans covered by the Royal Decree. In addition both clearly provide for penalization of debtors who do not act in good faith[35]. However, once again a distinction can be made regarding the

issue of scope and temporal applicability and the issue of mandatory as opposed to voluntary compliance[36]. Notwithstanding its stated objective, in practice the cumulative eligibility criteria and loan value restrictions contained in RDL 6/2012 limited its capacity to offer relief to distressed debtors.

(iv) Royal Decree Law 27/2012

Notwithstanding the foregoing legislative responses, incidents of suicide amongst distressed mortgagors facing eviction led to the introduction of an emergency measures in late 2012, in the form of Royal Decree Law 27/2012 of 15th November[37]. The law imposed a two year moratorium on the execution of an eviction order arising from enforcement proceedings by the creditor[38]. Consistent with the targeted approach of previous measures the moratorium is restricted to loans granted for the purpose of and, secured on the debtors' primary residence and there are additional eligibility requirements which manifest an intention to limit relief to a specific subset of mortgage consumers[39]. The debtor must be classified as "vulnerable", a term which is defined with parameters such as the size and composition of the household, the employment and income status of the debtor and, the capacity of members of the family unit to work[40]. In addition, the debtor must fulfil specified economic criteria; the focus of which is on aggregate household income and the proportion of income required to sustain the mortgage obligation. [41]

(v) Law 1/2013

The most recent evolution of the legislative framework is contained in Law 1/2013 of 14th May which contains multiple provisions which are intended to "improve and strengthen the framework for the protection of debtors"[42]. Accordingly, it contains provisions which are intended to respond to criticism of gaps in the protections offered by existing frameworks and to consolidate protections for "primary residences"[43]. To the extent that it addresses the context of pre-crisis loans, the most significant measures are the provision of an immediate two year moratorium on evictions; an "exceptional temporary measure" which is applicable to judicial and extra judicial proceedings in respect of the primary residence of a "vulnerable" debtor who fulfills certain economic criteria[44]. Fundamentally, the provisions reenact the contents of RDL 27/2012 subject to one variation in the eligibility criteria which increases the maximum income threshold[45]. In addition it contains amendments to aspects of RDL 6/2012 which were subject to criticism; although notably without broadly extending the scope of applicability (i.e. slightly more scope within the same niche)[46]. One notable extension of the protection is the inclusion of mortgage guarantors for the main debtor[47]. It redefines the parameters of "at risk of social exclusion" in a manner which is broadly comparable with the eligibility criteria to benefit from the moratorium on eviction contained in Law 27/2012 and Law 1/2013 itself; thereby providing a manifest degree of statutory consistency in the addressee of Spanish provisions. The existing maximum thresholds regarding the purchase price of the property have been increased and the previous universal value applicable to municipality ranges has been replaced by a range of values linked to the composition of the household[48]. Significantly, there are new provisions pertaining to the obligation of credit institutions to apply the code and to inform customers of its existence and the introduction of sanctions for non-compliance[49]. Law 1/2013 requires entities who subscribe to the code to "inform customers in writing of its existence, giving a detailed description of its contents, and the possibility of customers failing to meet their mortgage payments or having any other difficulty meeting their mortgage payments, might have of being covered by the code"[50].

B. POST CRISIS LENDING – REFORM OF LEGAL FRAMEWORK

In addition to addressing issues raised by pre-crisis loan origination, there was a requirement in both Ireland and Spain, to respond to those regulatory deficits exposed by the crisis. This issue of appropriate underwriting standards in particular was subject to consideration not just at national or European level but also globally, with the publication of principle based international benchmarks[51]. In Ireland and Spain, reform of the legal framework applicable to the mortgage context has been undertaken through primary and secondary legislation which provide the legislative parameters for the substantive rights and obligations of the mortgagor/mortgagee, the procedural frameworks for enforcement of the mortgage security and the conduct of business requirements imposed on lenders by the national regulatory authority.

IRELAND

(i) Primary Legislation – Mortgage Law

Land and Conveyancing Law Reform Act (LCLRA) 2009

In Ireland, although the constitutional and consumer credit frameworks remained unchanged in the post crisis period, there was reform of Irish mortgage law[52]. The overhaul of the legal framework was under review prior to the financial crisis but it came to fruition in the Land and Conveyancing Law Reform Act 2009 (LCLRA 2009) in a post crisis context[53]. Until 2009, the statutory framework for the rights, duties and obligations of mortgagors and mortgagees was contained in the Conveyancing Acts 1881-1911. However, in respect of mortgages created from December 1, 2009 onwards, the relevant framework is contained in Part 10 of the LCLRA (2009). Pursuant to its provisions, pre-existing Irish mortgage law has continued applicability, subject to any reform introduced in the LCLRA itself. The most significant feature of the LCLRA in this regard, is its establishment of a new and differential treatment of "housing loan mortgages", which differentiates them from other mortgages[54]. The term "housing loan" includes all credit agreements secured by a mortgage over what is currently, or will be in the future, the principal residence of the borrower or his or her dependents and, any credit granted to a consumer which is secured by a mortgage over land on which there is or will be a residence [55]. Setting aside the established tenets of consolidation, it provides that a mortgagor can now redeem a "housing loan" without having to redeem any other mortgage with the mortgagee, whether in respect of the same or another property[56]. A general power of leasing is conferred on the mortgagor, and contractual restrictions on the sale or transfer by the mortgagor of their interest in the property are prohibited[57]. Section 97 LCLRA provides that a mortgagee cannot take possession of the property without a court order unless the mortgagor "consents in writing to such taking not more than 7 days prior to such taking"[58]. The exercise of a mortgagee's power of sale similarly necessitates a court order, unless the mortgagor consents in writing to the exercise of the power no more than seven days prior to the sale[59]. The LCLRA provides that the Circuit Court has exclusive jurisdiction to deal with orders for possession or sale in the context of housing loans, compared to the High Court for all other mortgages[60]. The mortgagee is under a statutory obligation to obtain the best price which can reasonably be obtained when selling a repossessed property, among other obligations[61]. The benefit for mortgagors arise from the fact that for housing loan mortgages unlike other mortgages, the statutory rights and protections conferred cannot be varied by contract.

(ii) Secondary Legislation – Consumer Protection

Consumer Protection Code (CPC)

In addition to reform of mortgage law, the Irish Consumer Protection Code (the CPC)

underwent a significant evolution in the post crisis period. The CPC was first introduced in 2006 and it was therefore, a feature of the pre-crisis regulatory landscape. However, the provisions of the original code did not fully come into effect until July 1st, 2007 and, accordingly; it had a negligible impact on lending in the pre-crisis context. The CPC has been subject to significant reform in the intervening period and the current CPC is applicable as of January 1st, 2012. It addresses the requirements imposed on lenders in the provision of "mortgage credit", to personal consumers, whether in respect of a principal private residence or investment property[62]. A recent introduction is the concept of the "vulnerable consumer", as a subset of the personal consumer. A vulnerable consumer is defined in the CPC as "a natural person who: (a) has the capacity to make his or her own decisions but who, because of individual circumstances, may require assistance to do so (for example hearing impaired or visually impaired persons); and or (b) has limited capacity to make his or her own decisions and who requires assistance to do so (for example, persons with intellectual disabilities or mental health difficulties)". A guidance document which accompanied the CPC gives further examples of potential vulnerability such as "age, poor credit history, low income, serious illness bereaved etc"[63]. An obligation is imposed on the lender to ensure that where a personal consumer has been identified as a vulnerable consumer, he/she is provided with "such reasonable arrangements and or assistance that may be necessary to facilitate him or her in his or her dealings with the regulated entity"[64]. This, of course, raises questions of contracting capacity and/or undue influence. The CPC is applicable to the "regulated activities of regulated entities operating in the State" and in a mortgage context this includes all lenders, irrespective of classification, except credit unions[65].

The CPC regulates the provision of pre-contractual information to mortgage consumers both in respect of the lender and the mortgage products, specifying the content, format, presentation and timing of information and warnings to be provided[66]. The CPC also imposes disclosure requirements to increase transparency regarding the existence, basis and quantum of charges and the commercial arrangements between mortgage intermediaries and product producers[67]. It imposes restrictions and prohibitions on market practices, such as product bundling, product tying, contingent sales, and consolidation of charges[68]. It identifies post sale information requirements[69] and regulates the manner and extent of contact that the lender can have with consumers who are existing or potential customers[70].

The CPC imposes a substantive obligation on the lender to assess the suitability of the products offered to consumers, where an assessment of affordability is a central component[71]. The provisions address the issues of affordability, sustainability and suitability and stipulate the minimum requirements in the assessment of product suitability[72]. There is a requirement to maintain consumer records such that any material change is noted, and the regulated entity is prohibited from supplying products or services to a consumer who has refused to provide the information required to make a suitability assessment[73]. It is mandatory to take account of assessments of affordability when deciding whether a personal consumer is likely to be able to comply with the terms of the credit agreement[74]. However this does not amount to a prohibition on the provision of credit in the context of a negative assessment of affordability[75]. There has been judicial consideration of the issue of "reckless lending" in recent Irish case law, although not with reference to the obligations contained in the CPC but within the broader civil law framework. In *ICS Building Society v Grant* Charleton J held that the tort of reckless lending does not exist in Irish law[76]. The CPC states that its provisions "are binding on "regulated entities" and must, at all times, be complied with when providing financial services"[77]. The Central Bank has power to issue administrative sanctions for

contravention of the CPC pursuant to Part IIIC of the Central Bank Act 1942[78].

SPAIN

(i) Primary Legislation – Mortgage Law

As in Ireland, the provisions of the Spanish constitution which are relevant to the mortgage context remain unchanged in the post crisis period[79]. In a pre-crisis context, the primary legal framework applicable to the mortgage loan contract and the related security right consisted of the principles contained in the Spanish Civil Code[80] as developed through the Ley Hipotecaria (LH) and subsequent implementing regulations i.e. Reglamento Hipotecario (RH)[81]. These provided the pre –crisis statutory framework for the constitution and registration of the mortgage and the framework of mortgagor/mortgagee rights and obligations[82]. The Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) provided the statutory framework in respect of enforcement related aspects of the mortgage security[83]. To the extent that there has been post crisis reform of this framework, it had, prior to 2013, been directed towards the enforcement aspects regulated by the LEC as exemplified by the changes undertaken in RDL 8/2011 and more recently by Law 1/2013; the stated objective of which was to ensure that "the rights and interests of the mortgagor are protected and that the foreclosure proceedings are speedier and more flexible"[84]. In addition, to amending provisions regarding the auction process, Law 1/2013 also address the extent of the liability of the mortgagor when realization of the asset is insufficient to discharge the debt[85]. Where the enforcement is premised on non-compliance with scheduled payments, (from the entry into force of law 1/2013), the creditor can seek enforcement where there is a default of three monthly payments (or the equivalent of three monthly payments) and this is provided for in the mortgage contract. Law 1/2013 confers a statutory right on the mortgagor where the mortgage relates to the usual residence of the debtor i.e. He/she has the right to stop the proceedings up to the auction date by depositing the outstanding amount with the courts (in all other cases this would only be possible if the creditor agreed to it). The exercise of this right is limited to 3 yearly intervals[86].

Law 1/2013 also modified provisions of the Ley Hipotecaria (LH) with the objective of enhancing protections offered to mortgagors in respect of their primary residence. It requires mortgage deeds created from 15th May 2013, onwards to specify whether or not the property subject to the mortgage is the principal private residence of the debtor creating a rebuttable presumption that it remains so at the time of enforcement[87]. It imposes requirements for verification of warnings given to the mortgagor in the context of "housing loan mortgages"[88] as well as limiting the penalties which can be imposed on arrears[89]. The act also limits the scope of enforcement proceedings which can be taken extra judicially, to those in which the debt is determined at the conclusion of the contract[90]. It stipulates that extra judicial sales are to be undertaken through a single electronic auction and imposes a minimum threshold on the auction price of the property[91]. The option of extra judicial enforcement has always been predicated on the parties to the contract providing for this mechanism in the mortgage contract, however it is now necessary for stipulation of this in a separate clause in the mortgage deed which also stipulates whether or not the property is intended to be the primary residence of the mortgagor[92].

(ii) Primary and Secondary Legislation - Consumer Protection

In Spain, consumer protection had provided a basis for statutory intervention in a pre-crisis context by virtue of the mandate contained in Law 26/1988, article 48.2 of which empowered the Minister for Finance to impose transparency and related requirements

on credit institutions[93]. Contemporary regulation of mortgage loan contracts pursuant to this mandate had been in the form of specific transparency regimes for mortgage loans and provisions in respect of interest rates, fees, charges and advertising applicable to retail financial services[94]. In the post crisis period, the scope of these regulatory provisions increased significantly when pursuant to regulatory reform, a responsible lending obligation was introduced for the first time into Spanish law. However, in contrast to the universality of the Irish obligations contained in the CPC, a differentiated approach based on classification of lender is evident in Spain as a dual legislative framework is utilised to specify the requirements imposed on credit institutions and non-credit institutions[95]. In respect of the former the relevant provisions are contained in Order EHA2899/2011 of 28th October 2011, whilst for non-credit institutions the applicable statute is Law 2/2009 of 31st March 2009[96].

(a) Order EHA 2899/2011

Order EHA2899/2011 serves a dual purpose; it consolidates pre-existing provisions in respect of transparency and consumer protection in financial services and also implements new provisions per article 29 of Sustainable Economy Law 2/2011 of 4th March 2011 (SEL 2/2011)[97]. The provisions of EHA/2899/2011 are applicable in respect of banking services offered or supplied to existing and potential customers by credit institutions[98]. The provisions applicable to mortgage consumers are contained in Title III, which contains chapters on "responsible lending" and "rules on loans and mortgages", the latter comprising of six sections[99]. Article 29(1) of SEL 2/2011 imposes an obligation on the credit institution to provide, "in an accessible manner and in particular, through the appropriate pre-contractual information, adequate explanations enabling them to assess whether the products they are being offered are in line with their interests, needs and financial situation"[100]. Although there were existing transparency requirements in respect of the "financial conditions of mortgage loans", they have significantly increased under the new legislation. The current requirements of general and personalized information cards (FIPRE & FIPER) and the mortgage loan access guide were not provided for under exiting provisions nor was there a transparency regime for reverse mortgages. In addition, the requirement to enhance the visibility of floor and ceiling clauses via inclusion in an annex to the FIPER is an improvement on the prior requirement to merely include in the contractual documentation. A new development in Spanish mortgage protection is the imposition of a statutory requirement on credit institutions to assess the creditworthiness of a borrower prior to the conclusion of a credit or loan agreement[101]. This statutory obligation is given effect by Order EHA2899/2011 which mandates the development of internal procedures by credit institutions for the purpose of assessing the clients" ability to meet the obligations under the agreement[102]. Similarly to the Irish CPC, breach of the provisions of the Order does not affect the validity of a notarized and registered contract, however pursuant to Article 30(3), a notary may refuse to authorize a contract which does not comply with the provisions of the law[103].

(b) Law 2/2009

Whilst the rights accorded to a Spanish mortgage consumer who sources a loan from a credit institution are identified in EHA2899/2011, in the context of loans or other intermediation services from non-credit institutions (i.e. those who do not fall within the prior classification), Law 2/2009 is applicable[104]. There is an overlap between the framework for credit and non-credit institutions, in that the latter are expected to comply with the transparency regime in respect of general and personalized pre-contractual information contained in EHA 2899/2011, thus establishing a minimum threshold regarding the

content and format of information. However, Law 2/2009 imposes disclosure and transparency requirements not just to the products, services and costs but also in relation to the entity itself. As compared with the corresponding provisions in respect of credit institutions there is an additional emphasis placed on transparency and clarity in respect of costs and charges. Echoing the provision of the Unfair Contract Terms Directive and the provisions of the general text for the protection of consumers and users[105], article 11 confers standing on the National Consumer Institute or any other consumer association or users who meets the requirements of Royal Decree 1/2007 or of regional consumer protection legislation where applicable, to apply for an injunction against conduct which adversely affects the collective consumer interest[106]. Another feature of the Law which appears to improve the protection offered to consumers is the prohibition in article 18, pursuant to which notaries and registrars are expressly prohibited from authorizing and registering "loan or home equity" that "does not comply with the law and in particular with the requirements of this act"[107]. Notaries are obliged to inform consumers of the "value and scope of the obligations assumed". They are required to check for any inconsistency between the pre-contractual information, the financial terms of the binding offer and the legal and financial terms of the contract and in the event an inconsistency is discovered, they are required to inform the consumer of the differences and their right to cancel the transaction. In the context of variable rate loans there is a requirement to warn the consumer in circumstances which do not comply with article 17(3). It is of note that there are no obligations imposed in respect of responsible lending. Law 2/2009 predates the introduction of the statutory obligation under SEL 2/2011, and from a temporal perspective it is thus unsurprising. However, from a policy perspective, the failure to subsequently extend the applicability of the statutory obligation to such entities would appear to be a deliberate policy choice. This is however one which will be subject to reform under the new EU Mortgage Credit Directive 2014/17/EU.

3. EU PROVISIONS AND NATIONAL LEGAL FRAMEWORKS

In March 2014, the EU Mortgage Credit Directive was adopted and became the first binding EU regulation of origination in the context of mortgage loans[108]. The directive is a targeted harmonisation measure which imposes maximum thresholds in respect of certain provisions and otherwise provides latitude to Member States to determine the appropriate national threshold[109]. The Directive applies to mortgage and housing loans but does not encompass equity release agreements[110]. There is a two year transposition period for Member States and the provisions of the Directive apply to loan granted from March 21st, 2016 onwards[111]. The extent to which the Directive will necessitate reform of the legal framework in Member State frameworks depends on the degree of inconsistency between the Directive and the existing frameworks. Certainly, it will necessitate equalisation of the responsible lending obligation in a Spanish context and the imputed prohibition on the provision of credit in the context of a negative assessment of creditworthiness may necessitate change in both Ireland and Spain[112]. However, a comprehensive assessment of the impact of the Directive on national frameworks will not be possible until Member States have disclosed proposals for transposition.

Aside from the MCD, EU legislation has been relevant to the mortgage context by virtue of provisions which address the broader context of consumer contracts, via Directive 93/136/EEC on unfair terms in consumer contracts. This directive imposes restrictions on the terms which may be incorporated into consumer contracts by providing for the invalidation of an unfair term; a concept which is primarily defined by reference to the absence of good faith and a corresponding imbalance

in the parties' rights and obligations which is detrimental to the consumer. There is a notable distinction, of comparatively recent origin, in respect of the impact of this directive in the jurisdictions under review. The Directive is transposed in Ireland via the EC (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations 1995[113], and in Spain via Law 7/1998 of 13th April[114]. Notwithstanding the applicability of the Directive to mortgage loan contracts in both jurisdictions it had appeared of tangential relevance until 2011. Whilst this is still true of Ireland, the significance of the Directive has increased in Spain due to a ruling of the CJEU in *Aziz v Caixa Catalunya*[115]. The court held that the restricted scope of the permissible defenses against an action for enforcement, permitted under Spanish mortgage law, was inconsistent with the objectives of the Directive; since the declaratory proceedings before which broader challenges could be raised did not have the power to stay the Spanish enforcement proceedings[116]. Law 1/2013 amends the judicial and extra judicial enforcement procedures to implement the changes required consequent to the CJEU decision in Aziz.

4. CONCLUSION

The post crisis parallels between Ireland and Spain are not limited to those in the economic or social spheres. In the period from 2008 onwards, there has been an increased dynamism in the legal framework pertaining to residential mortgages in both jurisdictions as legislatures and regulators sought responses to twin challenges; addressing the legacy of pre-crisis loan origination and creating parameters for future lending which would prevent similar issues in the future. Notwithstanding, commonality in the objective of statutory intervention, there are distinctions in the form and effect of measures, most strikingly in respect of measures responding to pre-crisis lending. In Ireland and Spain, the reliefs offered were directed towards the primary residence although a significantly more targeted approach is manifest in the Spanish provisions as additional eligibility requirements were utilised to restrict the scope of applicability to low income and vulnerable debtors and there were temporal restriction to ensure that the frameworks were applicable only to prior lending. The Spanish provisions also focus on reforms to the judicial and extrajudicial enforcement context with the aim of preventing the underselling of assets and minimizing the residual debt obligation of the debtor.

The statutory provisions to reform future lending have a similar impetus and central to this are responsible lending obligations; although at present a point of difference between the jurisdictions if the differentiation in the applicability of the obligation in Spain. It would appear that the EU Mortgage Credit Directive will provide a greater convergence in the national regimes by requiring an equalisation of the responsible lending obligation in Spain and, potentially necessitating reform in both Ireland and Spain to the extent that transposition may require a prohibition on lending in the context of a negative creditworthiness assessment. A significant recent development is the emergence of the unfair contract terms directive as a force in shaping the post crisis legal framework in Spain, in contrast it has played no part in either a pre or post crisis Irish context.

NOTES

1. HJ Dübel and M Rothemund, A New Mortgage Credit Regime for Europe, Centre for European Policy Studies (CEPS) Special Report (Brussels, CEPS, June 2011) 8. Although Latvia suffered an even sharper house price to income correction than Ireland, there has been a recovery in Latvian house prices, which increased by 9.8 per cent in Q4 2012 compared to the same quarter in 2011.

2. The relevance of the national constitutions to the contemporary mortgage context stems from provisions addressing legal, human rights and social policy dimensions i.e. articles pertaining to property rights, the inviolability of the dwelling, and principles governing economic and social policy. In the Constitución Española, adopted in 1978, the provisions are contained in Article 33 CE (Private Property), Article 18.2 CE (Inviolability of the dwelling) and under the Principles on Economic and Social Policy contained in Chapter III, Article 47 (Housing Rights) and Article 51 (Consumer Protection). In the Irish constitution, Bunreacht na hEireann, adopted in 1937, (replacing the previous Irish Constitution 1922) the relevant provisions are contained in Articles 40.3 ('Personal Rights' which includes reference to property rights of citizens), Article 43 (Private Property), Article 40.5 ('Personal Rights' with reference to inviolability of the dwelling) and, Article 45 (2)(iv) (Directive Principles of Social Policy which includes a provision which requires the State to direct its policy to securing that 'in what pertains to the control of credit the constant and predominant aim shall be the welfare of the people as a whole'.

3. *Residential Mortgage Arrears and Repossessions Statistics: Q1 2014* (Dublin: Central Bank of Ireland, 2014). Notwithstanding an improvement in the rate of arrears from Q3 2013 onward, as of Q1 2014, 17.3 per cent (132,217) of all mortgage accounts for principal dwelling houses (PDH) were in in arrears, of which 12.2 per cent (93,106) were in arrears of more than 90 days. The low rate of repossessions from 2009 to 2013 is attributable in part to an inadvertent *lacuna* in the law relating to repossession of registered land, created by the LCLRA 2009, which was ultimately remedied in the Land and Conveyancing Law Reform Act (2013). In the period from Q1 2010 to Q4 2013 only 2,341 properties were taken into possession by lenders, of which only 753 were pursuant to a court order.

4. *Datos sobre el efecto de la crisis en los organos judiciales 1T 2013*, Consejo General del Poder Judicial España, (Madrid, 2013). In the period from Q1 2008 to Q1 2014, there have been 522,023 mortgage foreclosures in Spain, although the data does not indicate what proportion of orders relate to principal private dwellings. *Irish MortgageArrears Analysis* (Dublin, Davy Research, August 2012) 41. The report cites an arrears figure of 3.07 per cent based on data from the *Banco De Espana* for Q1 2012.

5. *Irish Mortgage Arrears Analysis* (Dublin, Davy Research, August 2012).

6. Chpt 1, 2.

7. The original CCMA 2009 imposed a moratorium on the commencement of actions for repossession for a period of 6 or 12 months dependent on whether the lender had been recapitalised by the State. In the CCMA 2010, the moratorium was extended to 12 months for all lenders. Notwithstanding the consistency of a moratorium of some duration in all incarnations of the CCMA, there has been a significant evolution in the detail and prescription regarding the processes and procedures utilised in addressing arrears cases.

8. Chpt 1, 2 and Chpt. 2, 3. It is not necessary to be in occupation of the property if it is the sole property owned by the borrower.

9. Chpt. 3, ss 9 & 10.

10. Ibid., ss. 16 - 48. Lenders are required to establish a MARP which conforms to the requirements of the CCMA.

11. Ibid., s.56. Depending on the specific context, the moratorium may be either eight months from the time when the arrears first arose or three months after the borrower has been notified that they are outside the MARP.

12. Ibid., s.59.

13. Ibid., s.59.

14. Ibid., s.11.

15. Chpt. 2, 4. In addition to forgoing the protections of the CCMA, non-co-operating borrowers are potentially ineligible for a Personal Insolvency Arrangement (PIA) under the Personal Insolvency Act 2012.

16. Chpt. 3, ss. 1 - 11.

17. Ibid., s. 12 – 15.

18. Ibid., ss. 40 & 61.

19. Ibid., s. 21 & 26.

20. Provision 45.

21. The broad applicability of the CPC to the financial services sector means that it is also premised on ss. 23 & 37 Investment Intermediaries Act 1995, s.8(h) Consumer Credit Act 1995 and s.61 Insurance Act 1989.

22. [2012] IEHC 142, at page 8, para 5.5.

23. [2013] IEHC 43. The Court held that the defendants could not be classified as non co-operating borrowers and that the bank had not complied with the requirement in the CCMA not to seek an order for possession until "every reasonable effort has been made to agree an alternative repayment schedule".

24. Report of the Expert Group on Repossession, (Dublin: Department of Justice and Equality, December 2013), 17.

25. Article 4 (as amended) provided that the moratorium applied to monthly fees charged, (subject to the 50% or €500 maximum threshold), between 1st March, 2009 and the 28th February, 2011 and that the offset period commences from 1st March, 2012 for a maximum 15 year period. This effectively provided a 12 month grace period from the termination of the moratorium to the commencement of the offset period.

26. Royal Decree Law 8/2011 of 1st July 2011 (BOE of 7th July 2011). The stated objective was to protect low income families and ensure that 'foreclosures are conducted without causing abusive situations or underselling of affected assets'.

27. Article 607.1 LEC

28. Articles 670 (4), 671 and 669 LEC

29. Preamble to RDL 6/2012 acknowledges the dual policy priorities in responding to the issue of distressed mortgagors i.e. the desire to create flexibility in 'the implementation of the collateral' although 'without impairing the basic elements of the mortgage'. Where debt restructuring was not viable, the debtor may request a rebate on the outstanding principal amount, a request which the institution must reject or accede to within a one month period and where neither the restructuring plan nor the supplementary measures were viable alternatives a measure referred to as 'dation' was proposed i.e. delivery of the mortgage asset to the institution which is obliged to accept same in settlement of the debt including any personal liability in respect thereof. (i.e. datio in solutum)

30. Financial Regulation:2012 Q1, Banco de Espana, Economic Bulletin April 2012,147.

31. The provisions were applicable to the 'secured loan or mortgage debtor whose property is located at the 'threshold of exclusion' at the date of entry into force of the decree' i.e. 11/3/2012.

32. Article 3 stipulates that members of the household must lack income from employment or economic activity and the mortgage payment must be greater than 60% of the net revenue received by all members of the household unit. The members of the family unit must lack any other property or proprietary rights sufficient to deal with the debt and in the context of joint debtors, where a debtor is not part of the family unit they are subject to the same requirements in respect of income, mortgage payments relative to income and absence of other rights sufficient to deal with the debt. Where there is a guarantor, they must fulfil the latter two requirements.

33. Article 5(2) For assessments pursuant to the decree the statute provided that population figures can be verified in the Municipal register.

34. Which had been the purpose of the reform to judicial execution in the RDL 8/2011.Extrajudicial execution of the mortgage property regulated in article 129 of the Ley Hipotecaria (LH) and subject to the procedure set out in Articles 234 – 236 of the Reglamentos Hipotecarias (RH), shall be subject to the provisions of Article 12 of the Law 6/2012 in cases where the procedure is followed against a debtor's residence.

35. Article 7.

36. The statute provided that complaints regarding alleged failure by the participating institutions were to be made to the Banco de Espana which would deal with then in the same manner as other complaints received.

37. Royal Decree Law 27/2012, of 15th November, (BOE 276 of 16/11/2012). The suicide of Amaia Egana on Friday 9th November, 2012, as officials arrived to evict her from her home in the Basque country was the catalyst for public demonstrations and international media coverage. Spanish Prime Minister Mariano Rajoy announced hours after Egana's death. "I hope that on Monday we'll be able to talk about a temporary suspension of evictions for the most vulnerable families."

38. Article 1 (1). The law applies both to judicial and out of court enforcement commenced prior to the entry into force of the law i.e. 16/12/2012. The law also contained a proposal for a collaborative scheme, between the government and the financial sector to provide social housing on a rental basis. The proposal envisaged the use of the unoccupied housing stock held by credit institutions to offer access to those vulnerable debtors, who fall within the scope of the law, but have already been evicted from their homes.

39. Article 1(3)(d). Must be the sole residence owned by the debtor.

40. Article 1(2)(a) – (g).

41. Article 1(1) & (3).

42. Ley 1/2013, of 14th May (BOE of 15th May), preamble.

43. Issues such as the potential for enforcement at an undervalue and subsequent disposal at a profit whilst imposing liability on debtor for outstanding loan, the restricted applicability of relief measures contained in RDL 6/2012 and the potential for spiralling indebtedness due to punitive arrears charges.

44. Preamble substantiates that the policy behind the moratorium is to protect the most vulnerable from eviction in the expectation that at the end of the time period, their economic circumstances will have improved, although it is unclear what the policy response will be if there is no significant change in conditions.

45. Article 1(3)(a).

46. The amendments contained in Law 1/2013 do not change the temporal restrictions on the applicability of the provisions – with the exception of arts. 12 & 13 which are generally applicable, the provisions apply to debtors who are at the threshold of exclusion at the date of entry into force of the statute'.

47. Art. 8(1) amending art. 2 RDL 6/2012. The provisions are applicable to guarantors as per mortgagors. Art. 8(3) inserts a new art.3 (a) which provides that mortgage guarantor who is above the exclusion threshold may 'require the entity to exhaust the main debtors assets first....before claiming the guaranteed debt'.

48. Art. 8(5) amending art.5(2)(a) – (d). Municipalities with up to 100,000 inhabitants the maximum purchase price is €150,000 for a property with one or two inhabitants (previously €120,000) with an additional €30,000 for each financially dependent up to a maximum of three (€240,000). Municipalities of between 100,001 and 500,000 inhabitants the base threshold is €187,500 (previously €150,000) with additional allowances of €37,500 for up to three dependents (maximum value €300,000). Municipalities with inhabitants from 500,001 to 1,000,000 or integrated townships in metropolitan areas with over 1,000,000 inhabitants the base limit is €225,000 (€180,000) and the allowance is €45,000 (maximum value €360,000). Municipalities with population in excess of 1,000,000 inhabitants, the base value is €250,000 (previously €200,000) and the additional allowances of €50,000 (maximum value €400,000).

49. Art. 8(7) inserts a new chapter VI Penalties. It consists of art. 15 which provides that 'the provisions of paragraph 4 and 9 of article 5 and article 6.5 shall have the status of rules of order and discipline in accordance with the provisions of law 26/1988… and breach of the obligations arising therefrom shall be deemed a serious offence which is punishable under the provisions of that act'.

50. Art. 5(9) as inserted by art. 8(5) Law 1/2013.Banco De Espana, Economic Bulletin – Financial Regulation 2013 Q2,

51. Thematic Review on Mortgage Underwriting and Origination Practices – Peer Review Report, (Basel: Financial Stability Board (FSB), 17th March 2011).Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices, (Basel: Financial Stability Board (FSB), April 2012).

52. In Ireland, the Consumer Credit Act 1995 (CCA) is one of two statutes which provide the statutory framework for consumer credit and, Part IX of the CCA applies to "housing loans" made by a mortgage lender. The CCA regulated the content and format of information and regulated market practices. Breach of the provisions of the CCA in a 'housing loan' context can result in administrative sanctions for the lender. However the provisions of the CCA have not been reformed in the post crisis period and from a mortgage context it is not central to analysis of the evolution of post crisis legislation.

53. Reform and Modernisation of Land Law and Coveyancing Law, (LRC CP34-2004), (Dublin, Law Reform Commission, 2004), 29 (at 1.31) and 141 (at 9.04). In 2004, the Irish Law Reform Commission asserted that existing mortgage law, which had remained substantially unchanged for over a century, created unnecessary complications and militated against the true function of the mortgage i.e. to provide security for a loan

54. S.96(3) The provisions take effect subject to the mortgage in all other cases unless otherwise stated.

55. Definition of 'housing loan' is derived from s.2 of Consumer Credit Act (1995) as amended by Part 12, Schedule 3 of the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004.

56. S.92 altering s.17 of the Conveyancing Act 1881.

57. S.94 and s.112.

58. S.97. Per S.98 an emergency possession order may be sought "where a mortgagee has reasonable grounds for believing that the mortgagor has abandoned the mortgaged property and urgent steps are necessary to prevent deterioration of, or damage to, the property or entry on it by trespassers or other unauthorised persons". Under a possession order pursuant to S.98 the mortgagee is not strictly liable to account to the mortgagor.

59. S. 100(2).

60. S.101(5). The Land and Conveyancing Law Reform Act 2013 (LCLRA 2013) has extended the jurisdiction of the Circuit Court in this regard to include mortgages predating the commencement of the LCLRA 2009 (i.e. 1/12/2009) subject to a principal private residence requirement.

61. S.103.

62. Consumer Protection Code 2012 Guidance (Dublin: Central Bank of Ireland, December 2011), 3, 4 & 73. The CPC defines a 'personal consumer' as "a natural person acting outside his or her business, trade or profession".

63. Ibid, 75.

64. Provision 3.1.

65. Consumer Protection Code 2012, (Dublin: Central Bank of Ireland, December 2011), 3 & 4. Retail credit firms and home reversion firms became subject to the code following the introduction of legislation governing their authorisation.

66. Provisions 4.7 – 4.45 .

67. Provisions 4.54-4.61.

68. Provisions 3.17-3.23.

69. Provisions 6.5 –6.19.

70. Provisions 3.37 – 3.45.

71. Provisions 5.1 - 5.15.

72. Provisions 5.16-5.23. A written statement of suitability must be provided to the consumer.

73. Provisions 5.3 & 5.4. The 2006 Code required only that the refusal was noted on the consumers' record.

74. Provision 5.13.

75. The new EU Mortgage Credit Directive 2014/17/EU infers a prohibition on the provision of credit in the context of a negative creditworthiness assessment, and this will require a change to existing Irish law.

76. [2010] IEHC 17 at 6.

77. Op. cit. 65.

78. As inserted by s.10 Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004.

79. In contrast to the Irish CCA 1995, the Spanish consumer credit framework is not relevant to the context of mortgage or housing loans.

80. Spanish Civil Code; Book IV address Obligations and Contracts. Title XV is titled Contracts of Pledge, Mortgage and Antichresis, Chapter I contains provisions common to both pledges and mortgages and chapter III provisions specifically applicable to the mortgage.

81. Ley Hipotecaria of 8th February 1946

82. The Ley Hipotecaria is divided into 13 sections which address various aspects of the constitution of the mortgage and the associated registration system and Title V (arts. 104 – 197) pertain to the mortgage itself. This structure is replicated in the Reglamentos Hipotecaria which provides additional provisions to facilitate implementation of the Ley Hipotecaria, Title V RH comprises arts. 215-271.

83. Ley 1/2000 of 7th January.

84. Law 1/2013 preamble references the desire to increase the pool of bidders and prevent underselling of assets which echoes previous reform and represents a further refinement of Articles 647 and 670 LEC.

85. Article 7(5) inserting article 579 (2) (a) and (b) LEC.

86. Art. 7(13) amending art. 693 LEC. Previously once every 5 years.

87. Art. 3(1) amending art. 21 of Mortgage Law 8th February 1946.

88. Art, 4(7). E.g. Where the contract contains floor or ceiling clauses in respect of interest rate variability, an interest rate hedging instrument or the loan is in one or more foreign currencies.

89. Art. 3(2) amending art. 114 of Mortgage Law 8th February 1946. The maximum interest payable is three times the legal interest rate on the outstanding principal amount and there is a prohibition on the capitalization of default interest. Where the disposal of the asset is insufficient to discharge the entire liability, the law requires that the proceeds are applied to the interest on arrears last so as to reduce the accrual of interest to the maximum extent possible. The prohibition on the capitalisation of default interest does not apply in the context of Art. 579(2)(a) LEC. Second transitional provision provides that the cap is applicable to mortgages created after 15th May 2013, and in respect of mortgages prior to that date the cap is applicable to payments which accrued after that date, and to interests accrued prior to that date which have not yet been discharged.

90. Art. 3(3) inserting art. 129 (2)(c) LH.

91. Art. 3(3) inserting Arts. 129(2)(d) LH and 129(2)(a) respectively. It requires an auction value which is equal to the enforcement amount and must in all cases, be no less than 75% of the appraised value of the property at the time the loan was granted; appraisal conducted in accordance with law 2/1981 of 25th March regulating the mortgage market. The auction is to take place on the online auctions portal managed by the Agencia Estatal del Boletin Oficial del Estado.

92. Art. 3(3) inserting art. 129(2)(b).

93. Art. 48(2).

94. The first transparency regime on the financial condition of mortgage loans was contained in Order 5 May 1994 and Circular 5/1994. This has been repealed and replaced by Order EHA/2899/2011 and the related Circular 5/2012.

95. At present this may be more of a theoretical than practical concern due to the lack of participation of non-credit institutions in the Spanish mortgage market, even prior to the stagnation of the market post crisis. *Study on the Role and Regulation of Non-Credit Institutions in EU Mortgage Markets*, Report for the EU Commission (London Economics, September 2008). In the report, it was asserted on the basis of information provided by the Spanish Public Treasury and the Spanish Mortgage Association that any lending in the Spanish market by non-credit institutions is marginal.

96. EHA2899/2011 in force from April 2012 with exception of title III, chapter II rules on loans and mortgages which is to come into force 9 month from publication in official gazette.

97. Fundamentally SEL 2/2011 is framework legislation and Article 29 elaborates principles which identify the parameters for the subsequent implementation of measures to promote responsible lending and consumer protection in financial services.

98. The provisions are applicable to domestic credit institutions and branches of foreign banks operating in the territory.

99. Section one general provisions delineates the scope of the subsequent measures, section two addresses pre-contractual information, section three contains provisions on interest rates and reference indices, section four contractual documentation, section five the Annual Percentage Rate) (APR) and its calculation and section six specifically addresses reverse mortgages.

100. BDE Quarterly Bulletin 2011, Q1, 161. Particular reference is made to the essential characteristics of the product and the 'specific effects they may have on the consumer, especially the consequences in case of default'.

101. Section 29(1) of SEL 2/2011 requires the credit institution to consider applicable legislation in respect of risk management and internal control. It further stipulates that the rules designed to promote responsible lending practice per 29 (2)(a) must be incorporated in written form and this document must be referenced in the institutions annual report. The obligations in article 29 are stated to be without prejudice to the obligations under Law 2/1981, of 25th March and its implementing regulations in respect of mortgage market activity.

102. Article 18.

103. Law 26/1988 of 29 July (BOE 182 of 30 July 1988) contains the sanctions for breach of the provisions of the Order.

104. BdE Quarterly Bulletin,Q2 2009, 197. The law applies to firms, other than credit institutions, which conduct the following professional activities with consumers; '(a) granting of mortgage loans and credits under the deferred payment formula, of credit facilities or of any other equivalent means of credit, without prejudice to the specific regulations on certain products such as consumer credit or hire purchase. (b) provision of financial intermediation services for loan or credit agreements for any purpose, including, where appropriate, making said agreements available to consumer for signing'.

105. Title V, chapter 1, article 54.

106. Injunction for cessation of conduct and to prohibit reoccurrence or to prohibit actions which have been completed at the time the application is brought but where there are reasonable grounds for fearing an immediate reiteration.

107. Article 18(3) 'The officer's decision denying the authorization of the loan or home equity, or the registration of any of its provisions, shall be made in writing reasoned facts and legal arguments. This decision may be appealed to the Directorate General of Registries and Notaries under specific legislation'.

108. Directive 2014/17/EU of 4 February 2014, on credit agreements for consumers related to residential immoveable property. (O.J. L.60/34 28.2.2014).

109. Article 2.

110. Article 3.

111. Article 42(2).

112. Article 18(1) and 18 (5).

113. S.I. No. 127 of 1995, as amended by S.I. No. 307 of 2000 the EC (Unfair Terms in Consumer Contracts) (Amendment) Regulations 2000 which gives consumer organisations the right to apply for an order to prohibit the use of an unfair term.

114. In Spain, the provisions regulating unfair terms in consumer contracts are contained in Book II (Contracts and Guarantees), Title II (General Conditions and Unfair Terms), Chapter II (Unfair Terms) of RLD 1/2007.

115. C - 415-11 Judgement of the Court, 14th March 2013. Notably there are a number of preliminary references before the CJEU which challenge further provisions of Spanish mortgage law with reference Directive 93/13/EEC.

116. Council **Directive** 93/13/EEC of 5 April 1993 on **unfair terms** in consumer **contracts. Under Spanish law,** Art. 695 (LEC) permits a challenge to enforcement proceedings only on the following grounds; (a) extinguishment fo the security or secured obligation, (b) an error in determining the amount due or (c) the existence of another guarantee or mortgage registered before the security subject to the proceedings. Art. 698 (LEC) provides that challenges on any other grounds shall be settled in subsequent proceedings without having the effect of staying or terminating the judicial enforcement proceedings. The court held that payment of damages were insufficient in the circumstances to compensate for the loss of a home.

BIBLIOGRAPHIC NOTE

Banco de España, "Economic Bulletin: Financial Regulation Q2 2013" (Madrid, July 2013)
Banco de España, "Economic Bulletin: Financial Regulation Q1 2012", (Madrid, April 2012)
Banco de España, "Economic Bulletin: Financial Regulation Q1 2011", (Madrid, April 2011).
Banco de España, "Economic Bulletin: Financial Regulation Q2 2009", (Madrid, July 2009).
Central Bank of Ireland (CBI), "Residential Mortgage Arrears and Repossessions Statistics: Q1 2014" (Dublin, CBI, 2014).
Central Bank of Ireland (CBI), "Consumer Protection Code 2012: Guidance" (Dublin, CBI, December 2011).
Consejo General del Poder Judicial España (CGPJ), "Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales 1T 2013" (Madrid, CGPJ, 2013).
Dübel HJ and Rothemund M, "A New Mortgage Credit Regime for Europe", Centre for European Policy Studies (CEPS) Special Report (Brussels, CEPS, June 2011)
Financial Stability Board (FSB), "Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices", (Basel, FSB, April 2012).
Financial Stability Board (FSB), "Thematic Review on Mortgage Underwriting and Origination Practices; Peer Review Report", (Basel, FSB, 17th March 2011).
"Irish Mortgage Arrears Analysis" (Dublin, Davy Research, August 2012)
Law Reform Commission (LRC), "Reform and Modernisation of Land Law and Conveyancing Law", (LRC CP34-2004), (Dublin, LRC, 2004).
London Economics (LE), "Study on the Role and Regulation of Non-Credit Institutions in EU Mortgage Markets", Report for the EU Commission (London, LE, September 2008)
"Report of the Expert Group on Repossession", (Dublin, Department of Justice and Equality, December 2013).

LEGISLATION

Ireland
Land and Conveyancing Law Reform Act 2013
Code of Conduct on Mortgage Arrears 2013
Personal Insolvency Act 2012
Consumer Protection Code 2012
Land and Conveyancing Law Reform Act 2009
Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004.
Investment Intermediaries Act 1995
Consumer Credit Act 1995

European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations 1995, S.I. No. 127 of 1995
Central Bank Act 1989
Insurance Act 1989
Central Bank Act 1942

Spain

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013).
Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012).
Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012)
Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012).
Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011)
Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrative (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2011).
Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011).
Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).
Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009).
Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda. (BOE, núm. 290, de 2 de diciembre de 2008).
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).
Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998).
Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994).
Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 184, de 3 de agosto de 1994).
Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988).
Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).
Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946).
Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947).

EU

Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 Text with EEA relevance (O.J. L 60, 28.2.2014, p. 34-85)
Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (O.J. L 095, 21/04/1993 p. 29-34).

CASES

EU

Case C-415/11 Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) [2013] 3 CMLR 5

Ireland

Irish Life and Permanent PLC v. Malcolm Duff and Susan Duff [2013] IEHC 43, [2013] 8 ICLMD 15

Stepstone Mortgage Funding v Fitzell [2012] IEHC 142, [2013] 5 ICLMD 7

ICS Building Society v Grant [2010] IEHC 17, (Unreported)

Fecha de recepción: 3 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

¿QUÉ HAY DE MALO EN NUESTRA HIPOTECA?
WHAT´S WRONG WITH OUR MORTGAGE?

José Luis Valle Muñoz

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 aíslen 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

ABSTRACT

This work pretends to be a claim in favour of the mortgage, a legal issue with more than two thousand years of existence which has been an important figure in the economic growth. I can´t talk about failures in the mortgage because all the problems we have seen hold mainly whether in the economic crisis we are suffering for the last seven years, with a big increase of the unemployment, or in the inappropriate behaviours, either of the debtors as creditors (abusive clauses, bad information, high valuations, the idea about real estates never loose value and so on). My opinion is that "with appropriate legal measures which allow isolate mortgage of the unwise habits it will be an important factor of growth again".

KEY WORDS

Mortgage, Habitual home, Abusive clause, Consumer, Foreclose procedure, Land register office, Cover bonds market

¿QUÉ HAY DE MALO EN NUESTRA HIPOTECA?

José Luis Valle Muñoz
Registrador de la Propiedad

Sumario: 1. Introducción. 2. El deudor hipotecario como consumidor. 3. Las cláusulas abusivas en la hipoteca. La calificación registral de las mismas. 4. El procedimiento de ejecución hipotecaria. 5. La vivienda habitual como eje de la protección. 6. El mercado secundario de refinanciación hipotecaria. 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El 9 de noviembre de 2007 el "Ibex 35" llegó a alcanzar los 16.040 puntos. El 24 de junio de 2012 cerró en 5.956,3. Si un inversor hubiese adquirido acciones el día del máximo y las hubiese vendido el del mínimo habría tenido unas pérdidas del 62,8 por cien. Si este inversor hubiese pedido un préstamo para comprar dichas acciones y hubiera constituido una prenda sobre las mismas en favor del acreedor, lo normal sería que este acreedor no admitiese la dación de las acciones como pago extintivo de la deuda.

Siguiendo con este ejemplo, la decisión de comprar las acciones no tuvo que ser necesariamente descabellada. La rentabilidad media del Ibex 35 entre los años 1989 y 2007 fue superior al 20 por ciento anual, y ello pese a pinchazos puntuales como el derivado de las "punto.com". Nuestro inversor habría concluido que puede haber baches pero la inversión siempre acaba siendo rentable. En el año 2012 nuestro inversor se ha quedado en paro, no puede seguir pagando el préstamo y tiene que vender las acciones impulsado, incluso, por la perspectiva de nuevos desplomes. Cualquier observador imparcial pensaría que la entidad crediticia hace bien en no aceptar la dación en pago: "las ganancias no se compartirían y todos somos responsables de nuestros actos".

Si nuestro inversor hubiese invertido en solares, locales, aparcamientos, apartamentos de playa, etc., y hubiese constituido una garantía hipotecaria la situación sería idéntica a la anterior. El acreedor no tendría porqué aceptar una dación en pago.

Si sustituimos los términos anteriores por el de "vivienda habitual" nuestra percepción cambia, pues la similitud financiera no puede ocultar el problema social: la vivienda es un bien constitucionalmente protegido (si bien en ningún sitio está escrito que deba serlo a través del derecho de propiedad). Por lo tanto, si en unos casos la ejecución de la garantía no va a plantear problema alguno y en otros sí, habrá que pensar que el problema no está tanto en "la hipoteca" como en "lo que se hipoteca", llegando a ser indiferente que el préstamo haya sido solicitado para adquirir la vivienda o que con la vivienda se haya pedido un préstamo para otros fines: el dato fundamental es la privación de la vivienda habitual. En este sentido señala Redondo Andreu[1] como al socaire de la percepción social negativa "se ha desatado un ataque institucional, tanto a nivel legislativo, judicial, ejecutivo e incluso registral, cercenando parcialmente la hipoteca especialmente por el lado de su ejecutividad".

La preocupación por los efectos de la hipoteca según la naturaleza del bien ya había

tenido eco legal cuando nos encontramos ante bienes productivos. Con anterioridad a la crisis inmobiliaria, la LC estableció en su artículo 56 que "los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado *que resultan necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial* no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación"[2]. Por lo tanto, la consideración de la hipoteca, como derecho real sobre cosa ajena, que sustrae desde ya (fase latente) el valor del bien para el caso de incumplimiento de la obligación (fase ejecutiva), anteponiéndose a cualquier otro derecho, queda en entredicho para el caso de que el deudor sea declarado en concurso de acreedores. Si se produce una especialización en la hipoteca por la posible insolvencia del deudor en concurso, no debería haber tampoco preocupación jurídica porque los efectos sociales conduzcan a una especialización del negocio de hipoteca en razón del bien. Simplemente estaremos sumando una especialidad más a las ya existentes con anterioridad. En este sentido, ni siquiera todos los acreedores están sujetos a la misma regulación, y así la LMH se aplica sólo a las entidades enumeradas en su artículo 2 (bancos, cajas, cooperativas de crédito y establecimientos de crédito), lo cual conlleva un especial régimen aplicable a las hipotecas que sirvan de cobertura a los valores hipotecarios que estas entidades pueden poner en circulación. Asimismo, la Ley 2/2009 de 31 de marzo, regula los créditos y préstamos con personas físicas o jurídicas que no sean entidades de crédito[3]. Incluso la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, "de reforma del mercado hipotecario" prevé determinados tipos negociales con carácter exclusivo a favor de entidades financieras o personas de derecho público[4].

En nuestros ejemplos anteriores también existió una sustancial diferencia en los comportamientos de deudor y acreedor, lo cual ha tenido consecuencias en el resultado de la actuación legislativa. En los dos primeros ejemplos ha habido un comportamiento especulativo por parte del deudor (lo cual no es algo necesariamente malo) y, probablemente, uno más pasivo por parte del acreedor. Por el contrario en el último, el acreedor habrá adoptado una postura mucho más comprometida a la hora de conceder el crédito al tiempo que el deudor habrá buscado un fin menos especulativo.

Debemos de partir de la idea de que la hipoteca no es un producto financiero creado en despachos de especialistas bursátiles que buscan una rentabilidad especulativa, sino una figura que proviene del Derecho romano, con más de dos mil años de antigüedad. Sólo por eso ya es una figura que merece respeto. Otra cuestión es que la hipoteca haya servido de soporte para la creación de sofisticados productos financieros, imposibles de comprender para los inversores y difícilmente calificables por las "agencias de riesgos". Estos productos, cuya confianza se basaba en un historial de solvencia muy breve y, sobre todo, en una buena consideración crediticia por parte de las agencias de calificación, han invertido el movimiento normal del mercado hipotecario. Si generalmente la hipoteca era un producto que el cliente tenía que implorar, con la explosión de la titulación en el mercado secundario, van ser las entidades de crédito quienes van a salir a la calle buscando nuevos clientes con un producto que les representa grandes ventajas, pues es de inmediata colocación en dicho mercado secundario, lo que permite una rápida recuperación de la inversión, fideliza las carteras de clientes durante largo tiempo, permite colocar productos asociados (seguros, tarjetas, planes de jubilación, etc.) y se convierte en el mejor instrumento financiero de penetración en nuevos mercados, lo cual tuvo una especial relevancia en un momento de expansión por todo el territorio de las entidades crediticias, especialmente las cajas de ahorro. En esta competencia entre entidades fallaron tanto el control de la solvencia de los clientes, como la valoración de los activos o la calidad de la información.

Quizá las reflexiones anteriores nos lleven a concluir que *no hay problema con nuestra hipoteca pero sí con las prácticas que se han asociado a la misma*. En este punto, las entidades crediticias se llevan gran parte de la culpa, pues son las que han alentado las prácticas viciosas, comenzando incluso por la búsqueda de una regulación lasa y expansiva, como fue la Ley 41/2007, de 7 de diciembre[5], pero sin que ello suponga eximir de culpa a los consumidores. Tampoco están exentas de las autoridades económicas, no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo occidental, donde el acceso a la vivienda en propiedad se consideró como un gran logro del "Estado del Bienestar" y, por lo tanto, relajaron sus controles.

Ahora es el momento de olvidarnos de la estructura hipotecaria anterior y sentar nuevas bases tendentes a evitar que la hipoteca sea atacada desde todos los sectores de la sociedad llevando sus carencias a las primeras planas periodísticas, justa o injustamente. En todo caso, cualquier medida que se proponga no debe desvirtuar su esencia: "*la hipoteca es un derecho de garantía que se establece para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y, en consecuencia, en caso de que se produzca el incumplimiento el acreedor debe tener el pleno derecho a realizar el valor del bien para la satisfacción de aquella obligación*". Cualquier duda que se plantee sobre esta máxima significará que la hipoteca ya no tiene sentido.

A la hora de entrar en este análisis cobra especial relevancia la posición de consumidor que suele poseer el deudor hipotecario, el cual se encuentra ante un contrato redactado por una de las partes al cual no tiene más remedio que adherirse.

En segundo lugar, debemos examinar el control de las cláusulas abusivas, especialmente con carácter previo al nacimiento de la garantía. Dado que la hipoteca es un derecho de inscripción constitutiva, es decir, no existe hasta su inscripción en el Registro de la propiedad, debe analizarse la intervención de notarios y registradores de la propiedad en la formación del título ejecutivo.

En tercer lugar cobra relevancia la ejecutividad del procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la LH y 681 y siguientes de la LEC, y su limitación de las causas de oposición, puesto en tela de juicio por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Asimismo, en cuarto lugar, cobra relevancia el objeto de la garantía, especialmente cuando se trata de la vivienda habitual del deudor, lo cual impone que deben buscarse alternativas al lanzamiento que suele acompañar a la ejecución.

Finalmente, debe tenerse presente el carácter de "activo" que posee el crédito hipotecario a los efectos de su colocación en mercados secundarios, donde se buscan inversores con aversión al riesgo y, en consecuencia, donde se deben ofrecer productos cuya solvencia trascienda a la propia del emisor del título o de la del deudor del crédito.

2. EL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre ""Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", señala en su artículo 2, apartados b y c, que se entiende por "consumidor" toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, mientras que "profesional", es toda persona física o jurídica que, en estos contratos, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

El deudor hipotecario, en cuanto la contratación de préstamos constituya una acción aislada, está protegido por la Directiva y por la legislación de "Defensa de consumidores y usuarios", y su primer derecho es el de una información de calidad, lo cual, quizá, ha sido la primera carencia del sistema. Un ejemplo de esta mala calidad lo pone de relieve la STS de 9 mayo de 2013 (aclarada por el Auto de 12

de junio), la cual no considera las "cláusulas suelo" contrarias a la Ley pero pone el acento en la falta real de conocimiento de las mismas por el deudor[6].

Gran parte de las últimas modificaciones legales se refieren a la mejora de la calidad informativa. En la época de la "burbuja" la norma de referencia era la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre "Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios", que partía de la idea de una actitud activa por parte del consumidor (se basaba más en "el deudor tendrá derecho a" que en "la entidad estará obligada a").

Esta Orden ha sido sustituida por la de Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, la cual mejora la calidad de la información distinguiendo las distintas fases de la contratación (separando la información precontractual de la contractual) y encomendando al Notario la función de control de la calidad de dicha información hasta el punto de que su artículo 30,3 establece que denegará su actuación cuando el contrato no cumpla lo previsto en la Orden y en la legalidad vigente.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, sigue avanzando en este camino y así el artículo 6 (titulado como "fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización") exige que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita suya expresiva de que ha sido advertido adecuadamente de los riesgos del contrato cuando el deudor sea una persona física, la hipoteca recaiga sobre una vivienda, terrenos o edificios construidos o por construir, y se estipulen cláusulas suelo y techo con límites no equivalentes, o cuando se pacte la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo o cuando se concedan en una o varias divisas.

En Cataluña se haya en trámite parlamentario una modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, "para la mejora de la protección de los consumidores en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios", cuyas líneas maestras son regular el contenido de la publicidad, la información precontractual, el deber de análisis de la solvencia del consumidor y el deber tanto de las entidades de crédito como del notario autorizante de hacer compresible al consumidor las consecuencias jurídicas y económicos del contrato, especialmente en caso de impago.

Podríamos concluir que el legislador reconoce que la mala información ha acentuado los efectos de la crisis. Por ello opta, frente a la postura pasiva anterior (deber de informar), por una postura activa (deber de que el consumidor entienda).

En cuanto al examen de la solvencia del deudor es algo remarcado en el seno de la Comisión Europea y así, el 11 de septiembre de 2013, el Parlamento aprobó las líneas maestras de la futura Directiva sobre "préstamos hipotecarios", señalando que las leyes que deben dictar los Estados en el plazo de dos años desde la aprobación, deben recoger que las entidades vendedoras de hipotecas tendrán que ser autorizadas y supervisadas por las autoridades nacionales y, asimismo, deben realizarse los correspondientes exámenes de solvencia, negando la concesión de hipotecas a personas que no puedan pagarlas. Además, el consumidor dispondrá de un periodo de reflexión de siete días antes de firmar un contrato o bien para retractarse de la firma. La información al consumidor se presentará en un formato homogéneo en todo el continente. La futura Directiva exigirá a las diversas leyes una tolerancia razonable antes de proceder a la ejecución, impedirá a los Estados oponerse a la dación en pago acordada entre las partes, e impondrá el deber de buscar el mejor precio en las ejecuciones.

3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA HIPOTECA. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS MISMAS

El artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE considera abusiva aquella cláusula no negocia-

da individualmente que, pese a las exigencias de la buena fe, cause al consumidor un desequilibrio entre los derechos y obligaciones del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente si ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir en ella, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Si ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada han sido negociados individualmente se aplica la normativa al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Durante los años ochenta la calificación registral expulsó del Registro, y por ende de las escrituras, numerosas cláusulas por abusivas. La calificación se basaba en un cúmulo de normas, ***como el artículo 1.256 del Cc (el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes) o el 10 de la LDCU de 19 de julio de 1.984, que exige a estas*** cláusulas claridad y sencillez, ajustándose a los principios de la buena fe y justo equilibrio entre las partes, prevaleciendo en caso de duda la interpretación más favorable al consumidor. Un ejemplo (entre muchos) es la RDGRN de 7 de septiembre de 1.988, que descartó el tipo variable referenciado al preferencial del propio acreedor, pues podría éste aumentar a capricho los intereses en perjuicio del deudor.

Sin embargo, la postura de la DGRN fue cambiando paulatinamente, considerando que la calificación no podía aplicar la legislación sobre consumidores, pues el control de las abusividad compete a la autoridad judicial[7], y así hasta llegar a la Ley 41/2007, la cual dio una nueva redacción al artículo 12 de la LH que, unida a la interpretación que en un primer momento se hizo sobre su alcance por la DGRN, relegó a un segundo plano la calificación registral. La Exposición de Motivos de esta Ley señala que "otras medidas de impulso del mercado hipotecario tienen por objeto precisar el contenido que debe tener la inscripción del derecho de hipoteca, evitando calificaciones discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin, en la inscripción se expresará el importe del principal y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por la hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación favorable de las cláusulas reales". En los mismos términos se pronuncia el artículo 12 de la LH.

La RDGRN de 8 de febrero 2.008, en base a la nueva redacción del artículo 12, sienta la doctrina de que "el registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo limitarse a transcribir en los asientos, pero sin calificarlas, las de contenido obligacional"[8]. Como pone de manifiesto Díaz-Fraile[9], de esta interpretación resultaba un esquema de superprotección del acreedor que ha acabado siendo contraproducente pues ha provocado la ejecutividad de un contrato de adhesión, redactado por el notario con relación a una minuta facilitada por la entidad de crédito, con ausencia de calificación por parte del registrador e imposibilidad de revisión de su contenido por el juez que conoce de la ejecución. Además, el juez que sí puede valorar la abusividad (en el declarativo ordinario correspondiente) no puede paralizar aquel, pues incluso la anotación preventiva de la demanda planteada ante este último cede, por imperativo del artículo 131 de la LH, ante la ejecución hipotecaria si la misma ha sido practicada después del inicio del procedimiento de ejecución.

La posición de la DGRN da un giro a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2010 (doctrina que se mantiene hasta la actualidad), con arreglo a la cual, el artículo 12 no debe ser interpretado aisladamente sino en relación con otras normas que operan en el mercado hipotecario. Así, el precepto debe ser ponderado los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores, los cuales

aparecen identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que, dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la trasparencia del mercado hipotecario, reafirmando su artículo 18,1 que notarios y registradores denegarán la autorización o la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. La STS de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula.

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y así, la STJUE de 4 de junio de 2009, declara que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor sin que sea necesario que la haya impugnado previamente con éxito".

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y, en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en las mismas. La interpretación que defiende su inoponibilidad resulta contraria a lo establecido en el artículo 130 de la LH, a cuyo tenor "el procedimiento de ejecución directa contra los bienes sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo". En consecuencia, su inscripción legitima el ejercicio de la acción hipotecaria.

Por lo tanto, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado deben ser calificadas por el registrador. No obstante, para que sean rechazadas es preciso, o que su nulidad haya sido declarada mediante resolución judicial firme o que su carácter abusivo sea apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, a través del la subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición determinada en términos claros y concretos y sin que pueda entrar el registrador en el análisis de circunstancias que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o inciertos, sólo pueden ser valoradas por la autoridad judicial.

Sin embargo, pese a que la calificación impide el acceso al Registro (y por tanto a la ejecución) de numerosas cláusulas, lo cierto es que la práctica totalidad de las ejecuciones lo son por falta de pago, y por ello el juicio sobre la abusividad se limitará a aquellas que tengan que ver con el impago y con el cálculo de la deuda. En este sentido la STJUE de 14 de marzo de 2013 se refiere a tres supuestos:

a) Los intereses de demora: considera el TJUE que hay que atender a las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo. El concepto de "desequilibrio importante" en detrimento del consumidor debe apreciarse si el contrato le deja en peor situación que la legislación nacional. En todos estos casos será fundamental enjuiciar la buena fe de la entidad bancaria y si podría estimarse razonablemente que aquel aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual. En este sentido, Fernández de Senespleda[10] señala que a nadie se le ejecuta una hipoteca por no haber satisfecho los intereses de demora: se le ejecuta por no haber satisfecho el principal. A la hora de la reclamación de estos intereses considera que es muy arriesgado poner un porcentaje fijo, porque podría ser excesivo o quedarse corto. Por ello se inclina por fórmulas que añadan un porcentaje al remuneratorio e invita a que sea la Ley la que fije un máximo, pero sin olvidarse de la doble función de estos intereses: disuasoria del incumplimiento y resarcitoria de los gastos que genera dicho incumplimiento.

b) Las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota: la ponderación, nos dice el Tribunal, debe hacerse de acuerdo con la normativa nacional. Sin perjuicio de que, como luego veremos, la modificación llevada a cabo en la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece un impago mínimo de tres cuotas, lo cierto es que la STS 729/2009, de 16 de diciembre, considero el impago de una cuota como algo suficientemente relevante para dar por vencido el préstamo sin que ello pueda considerarse abusivo a la luz del texto de la ley de consumidores y usuarios. Además, nuestra legislación cuenta con el artículo 693,3 párrafo 2º de la LEC (introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) que ya permitía atemperar las consecuencias del impago, tratándose de vivienda habitual, mediante la consignación de lo debido más los intereses de demora y con los vencimientos que se vayan causando durante el procedimiento.

c) Finalmente, en cuanto al cálculo por el acreedor de la cantidad debida (pacto de liquidación), el mismo está amparado por el artículo 572,2 de la LEC[11], luego sería lo que regiría en defecto de pacto.

Sánchez García[12] apunta como la sentencia pone de relieve, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, que el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren el carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente.

4. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Este procedimiento ha estado históricamente regulado en la LH (artículos 129 y siguientes), distinguiendo la ejecución judicial y el procedimiento extrajudicial ante notario. La legalidad del procedimiento ha sido controvertida desde hace ya muchos años, especialmente después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, pues se ponía en tela de juicio su conformidad con el artículo 24, que sanciona el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la STC de 18 de diciembre de 1981, declaró su constitucionalidad pues "el hecho de que se caracterice el procedimiento por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24"[13].

Más recientemente el Auto 113/11, de 19 de julio, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, basándose, en resumen, en que el particular puede defender su posición en un juicio declarativo.

Seguí Puntas[14] considera que aquel primer espaldarazo a la legitimidad constitucional del proceso de ejecución hipotecaria era solo parcial, ya que no abordaba cuestiones tales como la posición del tercer adquirente de la finca, del mero poseedor con o sin título, o la operatividad del mismo proceso cuando recae sobre una vivienda o cuando el título que lo sustenta contiene condiciones generales y lo conciertan un consumidor y un empresario. Así, la STC 148/88 anuló la ejecución hipotecaria desarrollada entre únicamente el acreedor y el hipotecante deudor debido a la indefensión originada al tercer adquirente en documento privado de la vivienda hipotecada cuya existencia era conocida por el ejecutante. En contra de lo prevenido en la regla 3ª,3º del artículo 131 LH a dicho adquirente de la finca hipotecada no le fue comunicado el procedimiento hasta la entrega de la posesión al adjudicatario de la finca.

Nuestra LEC regula el procedimiento de ejecución en el Libro III, artículos 517 y siguientes. A continuación, en los artículos 681 y siguientes, recoge una serie de particularidades, dentro del mismo, si se persiguen bienes

hipotecados o dados en prenda, las cuales son sólo aplicables si se cumplen tres requisitos: que se ejecuten exclusivamente bienes hipotecados, que los mismos hayan sido previamente tasados y que se haya fijado por el deudor un domicilio a efectos de notificaciones.

Una vez que el procedimiento ha sido puesto en marcha, las causas de oposición a la ejecución son tasadas, pues, antes de la última reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el artículo 695 solo admitía la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, acreditada mediante certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura de carta de pago o cancelación de garantía, y el error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado.

La posible existencia de cláusulas abusivas no figuraba, pues, entre las causas de oposición, por lo que la STJUE de 14 de marzo de 2014 pone el acento en el carácter irreversible del procedimiento aunque el carácter abusivo de una cláusula impugnada en el posterior proceso declarativo entrañe la nulidad del ejecutivo[15]. Si el juez que conoce del proceso declarativo no puede suspender el de ejecución hipotecaria, y sólo puede garantizar al consumidor una protección a posteriori de carácter indemnizatorio, entonces la normativa española no se ajusta al principio de efectividad, pues la indemnización no evita la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda habitual.

Pone de relieve Garnica Martín[16] cómo el tribunal no está cuestionando directamente la regulación que hace la LEC del proceso especial de ejecución hipotecaria, sino que lo que está cuestionando es que las restricciones al derecho a la defensa no resulten compensadas adecuadamente con otros instrumentos de tutela a disposición de las partes en el declarativo ulterior.

La Ley 1/2014 pretende adaptar el procedimiento a la normativa de consumidores[17], pero hay una cuestión que creo que deben plantearse con carácter previo: ¿siempre que en un procedimiento judicial intervenga un consumidor debe jugar el principio de efectividad y su negación de la compensación indemnizatoria? En este caso, ¿qué ocurrirá con la aplicación en sede judicial de los preceptos de nuestra legislación que optan por la reparación meramente económica? Apunto tres supuestos: la doble venta de un bien inmueble, el artículo 34 de la LH y su protección del tercero hipotecario, y la prescripción de derecho a favor del adquirente de una cosa mueble cuando lo ha hecho en un establecimiento abierto al público[18].

Siguiendo con la modificación del procedimiento de ejecución, se añade una causa 4ª al número 1 del artículo 695 y así, será también causa de oposición "el carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible". Esta modificación se produce dos meses después de la STJUE y, en consecuencia, tiene por objeto impedir el resultado final de que una cláusula abusiva no discutida produzca el efecto de la privación definitiva de la propiedad. Por ello, el precepto debe complementarse con lo que dispone el párrafo 2º del número 3 del precepto y así "de estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva".

5. LA VIVIENDA HABITUAL COMO EJE DE LA PROTECCIÓN

A la hora de afrontar la cuestión relativa a la "bondad" de la hipoteca cobra una relevancia especial la materia relativa al objeto. La STJUE, pese a ser aplicable a cualquier contrato de consumo, no puede evitar la referencia a la vivienda del consumidor como paradigma de la desprotección que sufre. En igual sentido se manifiesta la Directiva en proyecto. Los

movimientos sociales en contra de los lanzamientos se circunscriben a las viviendas de familias en situación desesperada y, con contadas salvedades, las reformas legislativas hasta ahora promulgadas giran en torno al concepto de la protección de la vivienda habitual.

Hay que reconocer que la reacción de los poderes públicos ha sido tardía y sin duda forzada por las circunstancias. En su descargo hay que señalar que "nada sale gratis" y, en consecuencia, las medidas tienen su correspondencia inmediata en las cuentas de resultados de las entidades de crédito, entidades que han necesitado ser rescatadas y, por tanto, las consecuencias recaen sobre el bolsillo de todos los ciudadanos. Ello amén de que cuanto mayores sean las incertidumbres sobre los créditos, más caro y escaso será el crédito futuro y, por lo tanto, más tardía será la recuperación económica.

Desde el punto de vista de los deudores en dificultades su decisión se vio retardada por el hecho de que la caída de los precios no ha sido gradual por lo que la percepción de que el valor de su activo era inferior a su deuda no fue inmediata. En este momento, la dación en pago se presenta como la solución al problema, pero hasta que esa percepción fue alcanzada pocos deudores estaban dispuesto a abandonar la nave a su rumbo.

La primera reforma importante se ha producido con el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, "de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos", normativa que gira en torno al concepto de vivienda habitual. El resto de los bienes quedan excluidos de su aplicación. Así, tras señalar el artículo 1 que el objeto del Real Decreto-Ley es el establecimiento de medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, el artículo 3 limita la aplicación a los deudores y fiadores o avalistas de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual.

La norma carece de la característica principal de cualquier norma: la obligatoriedad. Se articula esencialmente a través de un "código de buenas prácticas" de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que de manera profesional realice la actividad de concesión del préstamos o créditos.

La primera medida consiste en la reestructuración de la deuda y consiguiente novación del crédito o préstamo, con los efectos previstos en el artículo 4,3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es decir sin pérdida de rango. Sin embargo, esto supone ya una incertidumbre para el acreedor dada la falta de claridad de este último precepto, que considera que no hay conservación del rango cuando se produzca una ampliación de responsabilidad, o una ampliación del plazo por este incremento o ampliación[19].

La segunda medida consiste en la solicitud de una quita en el capital pendiente de amortización si el plan de reestructuración resulta inviable cuya cuantía resulta de los parámetros establecidos en el propio Real Decreto-ley.

El "código de buenas prácticas" también contempla la dación en pago como última posibilidad, provocando la cancelación total de la deuda y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros (avalistas y fiadores). En este caso el deudor puede pasar a ser arrendatario de la vivienda durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. La dación no procede si la finca se haya en procedimiento de ejecución con subasta anunciada o si está gravada con cargas posteriores.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, anteriormente citada, se promulga después de haberse aprobado la propuesta de Directiva Europea y después de la STJUE de 14 de marzo por lo que trata ya de dar cumplimiento a los requerimientos de ambas, conteniendo, de entrada, una serie de preceptos que sólo son aplicables cuando el objeto hipotecado es la vivienda ha-

bitual, tomando prevenciones para el caso de que este carácter cambie a lo largo de la vida del préstamo o crédito. Así:

- Se modifica el artículo 21 de la LH, añadiendo un párrafo 3º, a cuyo tenor, "en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución"[20].
- Los intereses de demora, con arreglo al nuevo párrafo 3º del artículo 114 de la LH, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC[21].
- En materia de costas procesales, se añade un número (1, bis), al artículo 575 de la LEC en base al cual "en el caso de vivienda habitual, las costas que se reclamen al deudor no podrán exceder el 5 por cien de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva".
- En caso de ejecución que suponga la privación de la vivienda habitual se establece en el artículo 579 de la LEC una reducción en la deuda y una participación en futuras plusvalías derivadas de la enajenación de la misma.

Otras modificaciones legales afectan a bienes concretos, aunque no se trate de la vivienda habitual y así la obligación de acompañar a la escritura una expresión manuscrita del deudor será en aquellos casos en que la operación sea con una persona física, la hipoteca recaiga sobre una vivienda o la finalidad del préstamo sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. El contrato debe contener cláusulas suelo, estar referenciado a divisas, o contener seguros de tipo de cambio.

Finalmente, una serie de medidas afectan a toda clase de hipotecas con independencia de la naturaleza del objeto y así:

- La tasación de los bienes: En toda clase de hipotecas, con independencia de quien sea el acreedor y aunque la hipoteca no vaya a ser objeto de titulación en el mercado secundario, es necesario, conforme a la nueva redacción del artículo 682,2,1 de la LEC, que la tasación de los bienes se haga con arreglo a la normativa contenida en la LMH, debiendo ser el valor del tipo para subasta al menos el 75 por cien del valor de dicha tasación.
- El vencimiento de la obligación no se produce por cualquier incumplimiento, sino que es necesario que venzan al menos tres plazos mensuales sin cumplir o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución (artículo 693,1 de la LEC)[22].

Las medidas de choque de esta Ley vuelven a centrarse en la vivienda habitual y así el Capítulo I, incide de nuevo en la suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual de colectivos especialmente vulnerables. Quizá es aquí donde haya mayor campo de trabajo para la rehabilitar la hipoteca. Podríamos considerar que la institución no ha sufrido, o lo ha hecho de manera tenue, cuando el objeto hipotecado no es una vivienda habitual. Sin embargo, entorpecer la ejecución cuando nos encontremos ante bienes que sí tienen esta condición tampoco es práctico, pues la consecuencia inevitable será la no aceptación de estos bienes como garantía o el encarecimiento del crédito. Por ello, en estos casos debe acentuarse la diferencia entre ejecución, como mecanismo de resarcimiento de los derechos del acreedor, y lanzamiento, situación que tradi-

cionalmente ha sido la consecuencia de aquella pero sin que sea algo necesario. En este punto es donde pueden jugar un papel esencial de futuro las llamadas tenencias intermedias y los arrendamientos, con o sin opción de compra, los cuales pueden jugar también como medidas de "segunda oportunidad" para situaciones pasadas.

Hay tres figuras que podrían jugar un papel destacado: la propiedad compartida, la propiedad temporal y el arrendamiento con opción de compra. Nasarre Aznar considera que la situación inmobiliaria e hipotecaria en España debe relacionarse con la tasa de paro y con factores sociológicos, como la edad de emancipación y la relación de vivienda en alquiler y de alquiler social. La coyuntura actual parte de un ideal de vivienda en propiedad, "un sueño americano", cuya generalización ha provocado la titulización de hipotecas americanas hacia Europa. Ante esta situación las tenencias intermedias consiguen fraccionar el mercado inmobiliario, haciéndolo más asequible, estable y flexible[23]. Fornt i Paradell apunta como la propiedad compartida permite a las entidades de crédito graduar la cuantía de la hipoteca en función de la capacidad económica del adquirente, facilitándose enormemente las subrogaciones e impidiendo el sobreendeudamiento. Además, el riesgo se divide entre el propietario ocupante y el propietario del resto, lo cual es especialmente importante cuando se trata de promotores: éstos, respecto del porcentaje transmitido, se liberan totalmente de la deuda y respecto de lo no transmitido consiguen una ocupación más estable que en un alquiler convencional, minimizándose los riesgos de daño a la vivienda y de impago[24].

La propiedad temporal y la compartida están siendo objeto de regulación en Cataluña y así, a través de las mismas los ciudadanos pueden adquirir una vivienda con menor necesidad de ingresos, ya que los importes con estas nuevas fórmulas son "sensiblemente más asumibles". La propiedad temporal podrá tener una duración mínima de seis años y máxima de 99, y cuando finalice el plazo estipulado, el inmueble volverá a manos del propietario inicial o sus herederos, mientras que durante el periodo de vigencia, la propiedad es del titular temporal. En la propiedad compartida, el comprador abona una cuota inicial, de un mínimo del diez por ciento, y va adquiriendo progresivamente las cuotas restantes al propietario vendedor. La cuota inicial se estipula entre ambas partes, y el comprador tiene casi todas las facultades de dominio sobre el inmueble a cambio de la cantidad económica pactada con el propietario vendedor. En el arrendamiento con opción de compra (que no es un leasing, sino la suma de dos contratos), se concede al arrendatario un plazo para que haga efectiva la adquisición que no podrá exceder del plazo de duración del contrato. Todas estas figuras podrán ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, servir de soporte para la correspondiente financiación con garantía hipotecaria.

6. EL MERCADO SECUNDARIO DE REFINANCIACIÓN HIPOTECARIA

Se suele hablar de la burbuja inmobiliaria olvidando que la misma tiene su origen en una burbuja que creció de manera todavía de forma más exponencial, la crediticia. Durante los primeros años del siglo XXI creció de forma extraordinaria la refinanciación de las entidades de crédito a través de los llamados títulos hipotecarios, los cuales les permitían recuperar de manera casi inmediata los capitales prestados, gozando de una liquidez que históricamente no había tenido parangón lo que llevó a una peligrosa relajación de los criterios de selección de los deudores hipotecarios. Así, si tradicionalmente las entidades operaban en base al criterio LTI (es decir, teniendo en cuenta los ingresos del deudor), el mismo fue sustituido por el de LTV (teniendo en cuenta la tasación del bien dado en garantía)[25]. Si unimos este cambio con la voracidad de las entidades por

captar nuevos clientes, la solución fue, evidentemente, la más sencilla: relajar los criterios de valoración de los inmuebles, lo cual contribuyó a la escalada de precios del mercado.

Esta hoguera comenzó a apagarse a medida que empezó a escasear la leña, lo cual condujo a que los precios se desmoronasen por lo que los deudores que se habían incorporado a esta cadena diabólica más tardíamente fueron los que sufrieron las consecuencias más acusadas del desplome y los que comenzaron a reclamar la dación en pago como mecanismo de liberación de las responsabilidades previamente asumidas.

Sin embargo, un mercado secundario ponderado es bueno para el sistema, pues es la única manera de que las entidades dispongan de fondos regulares para atender operaciones de larga duración, como son los préstamos hipotecarios. Por ello, lo que procede no es demonizar el mercado secundario, sino darle unos parámetros que impidan su desbordamiento.

Por otra parte, los títulos que se colocan en el mercado secundario son tipos de renta fija, con un interés moderado y por ello dirigidos a un mercado que busca una rentabilidad segura. La titulación de las hipotecas "subpryme" en el mercado americano resultó ser justo lo contrario de lo que el mercado exigía y sus efectos nocivos han contagiado a todos los mercados de refinanciación, con independencia de que sus garantías fuesen mayores, como por cierto ocurría con el mercado de nuestro país.

La LMH de 25 de marzo de 1981 creó tres tipos de títulos, con características diferenciadas, pero respaldados en todo caso por la solvencia de los créditos de cobertura, a los cuales se exigía unos requisitos cualificados de seguridad, y así tenían que estar garantizados con primeras hipotecas sobre el pleno dominio, no podían exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien (80 en el caso de viviendas) debiendo realizarse dicha valoración de manera objetiva por entidades especializadas[26]. La solvencia del crédito iba más allá de la propia del deudor hipotecario pues de lo que se trataba es que incluso un préstamo insatisfecho continuase siendo un activo fiable. Por otra parte, en el mercado hipotecario secundario no podía participar cualquier entidad sino exclusivamente aquellas recogidas en el artículo 2 de la propia Ley. Con el trascurso de los años se ha ampliado el elenco de títulos, no todos de la misma calidad, pues frente a la alta garantía de los bonos de titulación hipotecaria, que se incorporaron en 1992, en el año 2002 aparecen los certificados de transmisión de hipoteca, modo de titulizar nuestras hipotecas "subpryme", ya que tienen como cobertura préstamos que no necesitan cumplir los exigentes requisitos de nuestra legislación del mercado hipotecario[27].

Nuestro mercado secundario ha tenido otro "talón de Aquiles", las tasaciones hipotecarias pues, frente a su pretendida objetividad, ha estado en manos de las entidades de crédito la fijación del valor de los bienes, las cuales eran las primeras interesadas en aumentar el volumen del capital en circulación. Dado que la LMH limitaba el capital concedido a un porcentaje del valor de tasación, fue frecuente inflar el valor de tasación para aumentar el importe del préstamo y de este modo superar el 80 por cien del valor de tasación que impone la LMH (con las consecuencias negativas que ello comportó en el mercado secundario). Si a esto añadimos el aumento de los plazo de los préstamos y créditos en el mercado hipotecario primario y la concesión de cuotas iniciales muy beneficiosas para el deudor (bien fuese en base a la aplicación de periodos de carencia o bien de tipos estimulantes pasajeros), se creó un efecto riqueza en el consumidor, pues se aumentó considerablemente su capacidad adquisitiva, lo cual constituyó un efecto propulsor del incremento del precio de la vivienda.

Este efecto negativo de las "tasaciones a la carta" se ha intentado mitigar tanto en la reforma efectuada en la Ley de 1981 por la Ley 41/2007, como en la que recientemente ha llevado a cabo la Ley 1/2013, con la intención de fomentar la independencia de las entidades de tasación y evitar los conflictos de intereses

derivados de la pertenencia al mismo grupo económico que la entidad financiera acreedora. Respecto a esta última norma no deja de ser paradójico (y en el fondo el reconocimiento de un fracaso) el que se haya dejado sin efecto el párrafo 3º del artículo 5 de la LMH de 1981, el cual permitía a las entidades de crédito exigir un comportamiento adicional del deudor en caso de desvalorización de los bienes, acreditado mediante una nueva tasación objetiva. Dicho comportamiento podía consistir en la cancelación parcial del préstamo o en el complemento de las garantías. En caso de que no se produjese ninguno de estos comportamientos la entidad de crédito podía dar por vencido el préstamo o crédito hipotecario.

Por último, el éxito del mercado secundario depende de la confianza de los inversores y para ello no es suficiente ni la solvencia de los emisores ni la garantía de los títulos. Se hace preciso un control independiente de los activos de cobertura, a través de entidades especializadas. En nuestro país la función de control de la idoneidad del patrimonio de cobertura es algo que se encomienda a los propios emisores a través de la llevanza de un registro de las emisiones efectuadas quedando, eso sí, la supervisión encomendada a las autoridades económicas, a través de las correspondientes inspecciones.

7. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto me lleva a considerar que no existe un problema estructural en nuestra hipoteca, aunque sí malas prácticas que deben corregirse. Ante todo, ha habido un problema social desatado por la crisis que ha traído desempleo y dificultad de atender los compromisos adquiridos. Esta crisis, que ha generado numerosas situaciones trágicas, se ha cebado con la vivienda habitual y, en este sentido, también han aumentado los desahucios como consecuencia del impago de rentas del alquiler. El problema social se debería haber corregido ante todo con medidas sociales.

Desde el punto de vista del derecho de consumidores me parece un paso atrás la STSUE de 14 de marzo de 2013 y su condena de la compensación puramente económica, pues sin duda encarecerá el precio de estos productos financieros. Es un ataque a la seguridad y agilidad del tráfico jurídico-económico, máxime cuando la ejecución de la hipoteca se produce en la casi totalidad de los casos no por la existencia de cláusulas abusivas, sino por el incumplimiento de la obligación principal. La simple posibilidad de alegar en el procedimiento ejecutivo la existencia de estas cláusulas supondrá un aumento considerable en su duración, lo cual va contra la esencia de la figura e incrementará los costes de la financiación.

Sí que es cierto que es necesario mejorar la calidad de la información de suerte que los productos sean comprensibles para la parte contractual que no ha intervenido en su creación. Las medidas que se adopten antes de que la hipoteca nazca, indudablemente contribuirán a aumentar su fortaleza.

Deben fomentarse las actuaciones responsables por parte de las entidades de tasación, para lo cual se debe dar un paso más que la búsqueda de la independencia. Hasta que no se haga a estas sociedades responsables de las consecuencias de sus actos será difícil desterrar las "tasaciones interesadas". Esta es una medida que no sólo será de gran trascendencia en el mercado primario, aproximando el valor de subasta al real de mercado, descontado posibles fluctuaciones a la baja, sino también en el secundario, especialmente ahora que ha desaparecido la posibilidad de dar por vencido el préstamo por desvalorización de la garantía.

Asimismo tendría gran importancia la disminución de la relación entre el importe concedido al prestatario y el valor de tasación para evitar en el futuro situaciones en que el precio del activo se sitúe por debajo de la deuda. Por ello, con carácter general el capital prestado no debería superar el 60 por ciento del valor de tasación, salvo casos excepcionales de probada solvencia del deudor. Esta medida no sólo des-

incentivará la dación en pago sino que tendrá también una buena repercusión en el mercado secundario, en cuanto mejorará la consideración de los activos de cobertura. Asimismo, en este mercado secundario sería conveniente bajar los porcentajes de capitales en circulación en relación con el valor de los activos de cobertura, que actualmente se sitúan en torno al 90 por ciento. Finalmente, en este mercado secundario sería muy conveniente acentuar los controles sobre la integridad del patrimonio de cobertura, de suerte que siempre pudiese comprobarse fácilmente que está por encima de las emisiones circulantes.

NOTAS

1. Ignacio Redondo Andreu: Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el "*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña", número 171, mayo-junio 2014*. Ignacio Redondo es Abogado del Estado excedente y Director Ejecutivo de la asesoría jurídica de Caixabank.

2. Redondo Andreu, considera negativa la reforma llevada a cabo por el reciente Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, en la disposición adicional cuarta de la LC, que permite que los acreedores con garantía real puedan sufrir, contra su voluntad, quitas, esperas o conversiones de sus créditos en préstamos participativos, acciones o participaciones si una mayoría suficiente de los acreedores con garantía real (65% u 80% en función de las medidas) así lo acuerdan. Esta es una medida generadora de riesgo para el titular de una hipoteca lo que implica que a la hora de valorar la garantía haya que incluir el factor de que este evento ocurra, lo cual es una nueva preocupación en lo que hasta ahora era un "puerto seguro".

3. Rafael Arnáiz Ramos ("La protección del consumidor en los préstamo y créditos concedidos por prestamistas que no son entidades de crédito", jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el "*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*", número 171, mayo-junio 2014) pone de relieve las dificultades para la determinación de lo que se ha de entender por "personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, se dediquen a la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios", palabras que definen el ámbito subjetivo de la Ley. Parece evidente que tal condición concurre en todas aquellas entidades que se ofrecen como tales en el mercado, a través de técnicas de publicidad. Sin embargo, la profesionalidad es atribuible también a personas físicas o jurídicas que ocultan está condición para eludir la aplicación de las exigencias legales. Por ello notarios y registradores deben poner una especial atención a la hora de delimitar la extensión de la Ley y no conformarse con la manifestación del acreedor sino que, especialmente, el registrador debe comprobar, con las correspondientes consultas, que no actúe con habitualidad.

4. Así, esta Ley añade un nuevo artículo 153, bis a la LH, señalando que "también podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la LMH, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas." La Exposición de Motivos de esta norma justifica la limitación por razón del sujeto en la especial normativa de supervisión a la que están sometidas estas entidades.

5. Esta Ley implantó nuevas figuras hipotecarias, como la hipoteca inversa, la recargable o la hipoteca flotante del artículo 151, bis de la LH, las cuales eran difícilmente admisibles con la regulación anterior.

6. La sentencia declaró la nulidad de las cláusulas enjuiciadas, entre otras causas, por su ubicación entre una cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas, aclarando el Auto de 12 de junio, que el conocimiento de la cláusula, y su incidencia en la ejecución del contrato no puede sustituirse por el cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido, como la lectura por el Notario.

7. A principios de los años noventa, diversas resoluciones (por todas, la de 8 de octubre de 1991) señalaron que "los medios de calificación que resultan del artículo 18 de la LH no permiten apreciar la abusividad de una cláusula, pues la aplicación del artículo 10 de la LDCU compete a los jueces".

8. Según esta resolución el registrador debe determinar qué cláusulas tienen carácter real y cuáles no, quedando éstas vedadas a su calificación. Respecto de la hipoteca el registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia real que son el importe del principal, el de los intereses, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identifi-

cando las obligaciones garantizadas y su duración**.** Como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico, respecto de las cláusulas que carecen de contenido real, la Ley 41/2007 ha incluido un párrafo segundo en el artículo 12 que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras sujetas a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación, limitándose el registrador a hacerlas constar en el asiento siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria (enumeradas en el párrafo primero del artículo 12) hubieran sido calificadas favorablemente.

9. Juan María Diaz-Fraile en "Jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013", celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el *"Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña",* número 164, marzo-abril de 2013". Díaz-Fraile es letrado adscrito de la DGRN y, en consecuencia, buen conocedor del proceso de creación de su doctrina.

10. Ignacio Fernández de Senespleda en "Jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013", celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el "*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*", número 164, marzo-abril de 2013. Fernández de Senesplada es abogado y defendió a la Caixa de Catalunya en el procedimiento que dio lugar a la citada STJUE.

11. Señala el precepto que "también podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación".

12. Jesús María Sánchez García: jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013", celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el "*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña",* número 164, marzo-abril de 2013. Jesús María Sánchez es abogado.

13. Añade el Tribunal que "la ausencia de fase de cognición conlleva que no se produzca el efecto de cosa juzgada. Las cuestiones de fondo pueden discutirse después con toda amplitud. Además, el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa y la hipoteca se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello supone, y se inscribe en el Registro con carácter constitutivo. Por tanto, la contradicción no solamente está garantizada por el declarativo ordinario, sino también por el procedimiento registral, que permite al deudor oponerse, durante la vida de la hipoteca, a la inscripción o instar la cancelación si concurren los requisitos para ello".

14. Jordi Seguí Puntas: "La problemática de la hipoteca: la perspectiva judicial", jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el 28 de mayo de 2014 y publicadas en el "*Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*", número 171, mayo-junio 2014. Jordi Seguí es magistrado de la Audiencia de Barcelona.

15. Con arreglo al artículo 698, "cualquier otra reclamación, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en esta Ley". Por otra parte, con arreglo al artículo 131 de la LH, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación al que se refiere el artículo 133 de la LH, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de expedición de cargas".

16. Juan Garnica Martín: "jornada sobre la ejecución de la hipoteca tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013", celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 4 de abril de 2013 y publicado un resumen en el "Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña", número 164, marzo-abril de 2013. Juan Garnica es magistrado de la Audiencia de Barcelona.

17. En el momento de cerrar este trabajo se ha publicado la STJUE de 17 de julio de 2014 la cual señala (número 40) que "procede declarar que el sistema procesal controvertido (es decir, la nueva regulación de la LEC tras la reforma de 2013) pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13… el desequilibrio entre los

medios procesales de que disponen, por un lado el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre las partes contratantes". Este desequilibrio resulta (número 17) del hecho que el acreedor pueda interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que estime la oposición del deudor basada en la existencia de una cláusula abusiva y, por el contrario, si la pretensión del deudor es desestimada, a éste no se le permite la interposición del indicado recurso de apelación.

18. En cuanto a la doble venta, el artículo 1.473 del Cc señala que "en caso de bienes inmuebles la propiedad se transmite al que, con buena fe, primero inscriba en el Registro de la Propiedad". Así, si una sociedad inmobiliaria, por tanto un profesional, vende una vivienda a un consumidor y a continuación la misma vivienda la vende a un no consumidor que llega primero al Registro, ¿la aplicación del precepto sería contraria al principio de efectividad?; ¿Qué ocurriría con la aplicación del artículo 34 de la LH y su protección del tercero hipotecario, eje fundamental de nuestro sistema registral? Si el título adquisitivo del transmitente es declarado nulo en favor de un consumidor, ¿también cedería el artículo 34 ante la Directiva? Si así fuera, nos encontraríamos con el cambio más radical de nuestro sistema hipotecario en sus más de ciento cincuenta años de existencia. ¿Y que decir del artículo 85 del Código de Comercio y sus prescripción automática? Pensemos en el siguiente ejemplo: un establecimiento de reparación y venta de motocicletas al que un cliente, consumidor a los efectos de la Directiva, lleva su motocicleta a reparar. El establecimiento vende esta motocicleta a un tercero, consumidor o no ¿Se declarará el artículo 85 contrario al principio de efectividad?

19. La falta de claridad del artículo 4,3 de la Ley de Novaciones y Subrogaciones de Créditos y Préstamos Hipotecarios ha llevado a diversas interpretaciones y así, la RDGRN de 7 de febrero de 2013 señala que la distinción entre la regla general (mantenimiento del rango sin necesidad de consentimiento de acreedores intermedios) y la especial (necesidad de su consentimiento para el mantenimiento), debe entenderse en el sentido mas adecuado para su aplicación coherente en el contexto del ordenamiento jurídico. En los supuestos de modificación por ampliación de la responsabilidad es posible practicar la inscripción, aun cuando no conste el consentimiento del titular intermedio, porque frente a él la ampliación no es oponible resultando una situación similar a la de dos hipotecas distintas A la misma conclusión se llega para el supuesto de modificación de hipoteca por ampliación del plazo cuando la carga intermedia es una anotación preventiva de embargo, pues, en tal caso, la modificación ni le perjudica ni le afecta en modo alguno. Por el contrario, la modificación por ampliación del plazo no puede llevarse a cabo, si existen inscripciones intermedias, sin consentimiento de su titular pues la inscripción de la modificación altera el contenido de la obligación garantizada en términos tales que inevitablemente afecta a su titularidad. Los derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca cuyo plazo de préstamo se amplía son derechos de constitución voluntaria que se contraen partiendo de los datos que constan en el Registro, entre los cuales está el plazo de vencimiento del préstamo de la hipoteca anterior, que como elemento esencial afecta a la propia constitución de la hipoteca (artículo 12.1 de la LH). El titular de la segunda hipoteca puede tener interés en que la hipoteca primera se cumpla dentro del plazo pactado y así, una vez pagada dentro de plazo, la segunda hipoteca pasaría a ocupar el rango de primera. Por lo tanto, la alteración del plazo de la primera le priva de una expectativa de mejorar el rango.

20. No prevé el precepto que el carácter habitual de la vivienda hipotecada se pueda hacer constar en el Registro de la Propiedad en un momento posterior a la escritura pública de constitución. Sin embargo, esta posibilidad debe admitirse pero con el consentimiento de ambas partes, siendo necesaria la rectificación de la primera escritura, dado que la ejecución se basará, en base al artículo 130 de la LH en una escritura inscrita en el Registro, sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. El consentimiento del acreedor se hace preciso, además, porque sus derechos disminuyen en caso de que el objeto sea una vivienda habitual.

21. Los intereses de demora se han convertido en el gran "talón de Aquiles" de nuestro sistema de ejecución hipotecaria, debido a diversas razones, la fundamental, el vencimiento anticipado de la obligación que conlleva consigo el incumplimiento. Ello supone que a partir de ese momento los intereses de demora se comienzan a computar sobre la totalidad del capital prestado y no sólo sobre las cuotas impagadas, por lo que la deuda comienza a crecer exponencialmente. Para atemperar este efecto, la Ley señala que "en el caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés". La referencia que contiene el precepto al artículo 579.2.a) de la LEC supone que sí se producirá la capitalización una vez enajenada la finca en el procedimiento ejecutivo si todavía queda deuda pendiente a cargo del deudor caso en el cual todo el pendiente (con independencia que su origen sea capital, intereses ordinarios, de demora o costas) sí devenga interés, si bien limitado al legal del dinero.

22. Esta fue una de las cuestiones planteadas en el caso "Aziz contra Caixa de Catalunya", que dio lugar a la STJUE de 14 de marzo de 2013, la cual señala que "corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida la obligación anticipadamente supone el incumplimiento por el deudor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, debiendo valorarse tanto la duración como la cuantía del préstamo".

23. Sergio Nasarre Aznar: "Nuevas formas de acceso a la vivienda en un escenario de crisis: las tenencias intermedias". Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 17 de mayo de 2012. Sergio Nasarre es catedrático de Derecho civil de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

24. Jaume Fornt i Paradell: "Nuevas formas de acceso a la vivienda en un escenario de crisis: las tenencias intermedias". Jornada celebrada en el Decanato de los Registradores de Cataluña el día 17 de mayo de 2012. Jaume Fornt es Director de la Agencia Catalana de la Vivienda.

25. LTI y LTV son acrónimos de las expresiones en inglés "loan to incomes" (relación del préstamo con los ingresos del deudor) y "loan to value" (relación con el valor de la finca).

26. El artículo 11 de la LMH recoge dos tipos de valores hipotecarios, las cédulas y los bonos, los cuales, pese al apellido "hipotecario" incorporan solo derechos de crédito frente al emisor, y no derechos reales, si bien incorporan un privilegio de cobro que en el caso de las cédulas lo es sobre la totalidad de los créditos que en cada momento se hallen constituidos a favor del emisor y en el de los bonos sobre aquellos créditos especialmente afectados en la escritura pública de emisión. Las participaciones hipotecarias sí incorporan un derecho real pues, con arreglo al artículo 15, son cesiones totales o parciales de concretos préstamos o créditos hipotecarios. Consecuencia de la distinta naturaleza de unos y otra es las diferentes consecuencias en caso de concurso del emisor, pues el titular de la participación goza de un derecho absoluto de separación, mientras que los titulares de cédulas y bonos no tienen esta posibilidad. Los bienes dados en garantía de los préstamos y créditos de cobertura han de ser tasados, según dispone el artículo 7, por los servicios de tasación del acreedor o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

27. En el año 1992, por Ley de 7 de julio, se crean los Fondos de Titulación Hipotecaria, que son patrimonios separados y cerrados, carentes de personalidad jurídica, que agrupan participaciones hipotecarias en su activo y emiten, con cargo al pasivo, "bonos de titulación hipotecaria". La solvencia final se encuentra en préstamos y créditos que reúnan los requisitos de solvencia establecidos en la LMH. Sin embargo, en el año 2002, la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, permitió en su artículo 18 que todos aquellos créditos y préstamos hipotecarios que no reúnan los exigentes requisitos de calidad establecidos en la Sección 2ª de la LMH pudiesen ser titulizados a través de los certificados de transmisión de hipoteca, cuyo régimen jurídico es el mismo del de las participaciones hipotecarias, y agrupados en "fondos de titulación de activos". La falta de calidad de estos préstamos acercó mucho estos fondos a los Funds de hipotecas subpryme.

Fecha de recepción: 14 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

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

"FLOOR" CLAUSE. NULLITY FOR LACK OF TRANSPARENCY AND PROBLEMS OF LEGAL CERTAINTY

Mª Carmen González Carrasco

RESUMEN

Una vez publicada la Sentencia (Sala 1ª) 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 definitoria 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.

ABSTRACT

Once published the STS (1st Chamber) of 9 May 2013, the expectations of the consumer associations and those affected have become reduced. The ground clauses are permissible if its transparency allows the consumer to identify the clause as defining the main object of the contract and know the actual distribution of risks of varying rates. But, is it possible to analyze the lack of transparency at the initiative of the judge? Is it respectful with the juridical safety the nullity for lack of transparency of a clause obedient to the regulation on bank transparency? Can this requirement be the basis for collective action? The present article answers negatively to these questions and thinks that the affirmative response on the part of the doctrine of the Supreme Court has provoked a juridical undesirable insecurity for the credit system.

KEYWORDS

Variable interest rate in mortgage loans, Clause limiting the floor and ceiling of interest, Transparency requirements, Nullity, Legal certainty.

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

Mª Carmen González Carrasco
Profesora Titular de Derecho Civil (acreditada CU)
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:1. Antecedentes. 2. ¿Está regulada en nuestro Derecho la cláusula de "suelo" hipotecario? 3. Los motivos del fallo anulatorio: un control de transparencia de las condiciones generales distinto del control de incorporación y del control de contenido. A. El fundamento de la demanda. B. El fundamento del fallo anulatorio. C. Crítica a la fundamentación del fallo. 4. Los (limitados) efectos de la declaración de nulidad. 5. La normativa sobre protección y transparencia que el TS no considera suficiente para cumplir con los requisitos de protección y la transparencia. 6. Conclusión. Nota bibliográfica

1. ANTECEDENTES

Hasta hace aproximadamente cinco años, nadie podía pensar que el índice de referencia basado en el "Europe Interbank Offered Rate" (EURIBOR) caería tan bruscamente y de una forma tan rápida que quedaría por debajo del valor medio de los "suelos" establecidos como límite a la variación de los tipos de interés en los contratos de préstamo hipotecario. De hecho, los suelos hipotecarios previstos en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable (el 97% de los contratados en España respondían entonces a dicha modalidad) nunca se cuestionaron por abusivos hasta que, con la llegada de la crisis económica y las turbulencias de los mercados financieros, se alcanzaron los mínimos históricos registrados en el año 2009. El Euribor pasó del 5,3% vigente en julio de 2009 al 1,226% con el que se cerró el mes de febrero del año siguiente. A septiembre de 2009, el 53% de los saldos de las operaciones con limitaciones a la bajada del tipo de interés se habían visto afectados por primera vez por la aplicación del tope al descenso de tipos. Sólo entonces (hasta dicho momento los suelos habían permanecido por debajo del tipos medios de mercado y, por supuesto, del Euribor) las

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

asociaciones de consumidores repararon en las consecuencias prácticas de la cláusula, que hasta entonces había permanecido incuestionada. Conviene adelantar, porque ello resulta del máximo interés en un sistema procesal regido por el principio dispositivo, que las demandas iniciales se basaron en el carácter abusivo de la cláusula por falta de reciprocidad de los valores suelo-techo, y que la STS de 9 de mayo de 2013 *(Tol 3671048)*, que se citará en adelante como STS 9.5.2013, declaró su licitud (¡a través de un fallo parcialmente estimatorio!), declarando su nulidad por falta de transparencia.

La cláusula suelo comenzó siendo objeto de una Moción parlamentaria evacuada en el año 2009, a la que siguió un extenso Informe del Banco de España recabado por el Senado y por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y dos acciones colectivas, una interpuesta por AUSBANC contra BBVA, Caja Mar y La Caixa, ya resuelta, y otra por parte de ADICAE contra varias entidades bancarias[1]. El proceso iniciado por AUSBANC contra las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés en préstamos hipotecarios obtuvo un primer éxito tras dictarse la sentencia (estimatoria de la nulidad solicitada) 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla. Poco después, la sentencia de 7 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), revocaba la sentencia declarativa de nulidad y cesación de la cláusula suelo dictada por el Juzgado. Siete semanas antes de la publicación de su fallo se producía el hecho insólito de que una nota de prensa adelantaba el sentido de la deliberación que daría lugar a la STS 9.5.2013. Dicha Sentencia fue objeto de aclaración por Auto de 3 de junio de 2013 [*(Tol 3752439)*, en adelante ATS 3.6.2013] y de un incidente de nulidad interpuesto por las entidades demandadas que fue rechazado por Auto de 6 de noviembre del mismo año *(Tol 4009824)*.

Desde el primer momento tuve la sensación de que los medios de comunicación se habían precipitado al echar las campanas al vuelo en virtud de una sentencia que no decía lo que los medios de comunicación se estaban encargando de difundir. En un anterior trabajo sobre la cláusula suelo publicado por mí en el Centro de Estudios de Consumo[2], contemplaba con escepticismo esta precipitación sobre el éxito final del proceso iniciado por AUSBANC, hoy en trámite de recurso de amparo. Me equivocaba a medias. En efecto, la STS 9.5.2013 ha declarado la nulidad de las cláusulas que se sometieron a enjuiciamiento, pero de ella no puede en absoluto derivarse que haya estimado la pretensión de abusividad en los términos en que fue interpuesta por AUSBANC.

Según el Tribunal Supremo, "las cláusulas suelo *son lícitas* siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos" (FD 15º, § 256). Pero al mismo tiempo, las cláusulas suelo enjuiciados eran declaradas *no transparentes* y, por ello, abusivas. Las asociaciones de consumidores (y seguramente, también el Ministerio Fiscal, que se adhirió en trámite de recurso de apelación a la demanda interpuesta) reaccionaron con sorpresa ante la fundamentación de la nulidad finalmente declarada. Porque nadie había fundamentado su demanda en dicha causa de nulidad, ni en nuestro Derecho existía, ni existe, una categoría de nulidad por abusividad derivada de la falta de transparencia, sin perjuicio de control de incorporación. Y sobre todo, porque en un vano intento de contentar a todas las partes en conflicto, el Tribunal Supremo declaraba la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada, resultante improcedente la reclamación por las cantidades ya abonadas en aplicación de dicha cláusula.

Como ya se ha comentado más extensamente[3], la sentencia no contentó a ninguna de las partes[4], en especial en lo que se refiere a esta sorprendente irretroactividad de sus efectos. La resolución contiene argumentos indefendibles en el terreno de legalidad civil ordinaria y es de dudoso encaje constitucional, porque lesiona el derecho de tutela judicial efectiva de las entidades financieras demandas y recurridas

al cambiar los términos del debate y declarar la nulidad por una causa no prevista en nuestro ordenamiento jurídico y basada en un fundamento jurídico no planteado y no susceptible de sustentar una acción colectiva. Pero el problema más grave, que pese a su dificultad que podría haber sido remediado, cuando la cláusula controvertida todavía se hallaba de nuevo *a las puertas de la casación*[5], es la inseguridad jurídica creada, no ya sólo entre doctrina[6], sino en el ámbito de propios tribunales inferiores[7], que ante el apartamiento de la sentencia respecto de las exigencias del Derecho vigente, en unos casos se han sentido autorizados para reinterpretar, restringir, ampliar, desautorizar la doctrina allí sentada[8], en otros, más simplemente, se han limitado a "acatar" por el principio de superioridad una resolución de la que abiertamente discrepan, procediendo a una declaración automática de nulidad que revela la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia[9]. Y en una minoría de casos, sin embargo, han optado por considerar que la sentencia no desplegaba sus efectos en acciones individuales de nulidad y daños y perjuicios distintas de la colectiva enjuiciada, y que en virtud del art. 117 CE los Jueces y Magistrados están sujetos a la Ley y a la Constitución pero no a la doctrina del Tribunal Supremo.

Lo cierto es que desde entonces hasta ahora, la cláusula suelo ha ocupado, junto con el escándalo de las preferentes, la actualidad del derecho bancario[10], dando lugar a una jurisprudencia contradictoria también en lo que se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación[11] y a la eficacia temporal del fallo anulatorio[12]. Pero sobre todo, con motivo de la segunda Sentencia del TS en la materia (STS 8 septiembre 2014, *(Tol 4529142)*; ponente Sr. Orduña Moreno, en adelante, STS 8.9.2014) se ha dictado un voto particular (Sr. Sancho Gargallo) que invita a una nueva reflexión sobre el carácter abusivo por falta de transparencia de la discutida cláusula.

El objetivo de las siguientes líneas es analizar la actual situación de inseguridad jurídica creada por la argumentación de la primera sentencia sobre cláusula suelo dictada en casación en relación con la normativa sobre transparencia bancaria vigente, y la división de opiniones creada en el seno del propio Tribunal Supremo, puesta de manifiesto en el voto particular del magistrado Sr. Sancho Gargallo a la Sentencia de 8.9.2014.

2. ¿ESTÁ REGULADA EN NUESTRO DERECHO LA CLÁUSULA DE "SUELO" HIPOTECARIO?

La cláusula suelo no es otra cosa que una cláusula limitativa a la variación (a la baja) de los tipos de interés en préstamos a interés variable. Las cláusulas por las que se limita la variación del tipo de interés —lo que vulgarmente se denomina "suelo y techo"—, han sido habituales en los préstamos hipotecarios, e incluso, como el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha insistido en resaltar desde las primeras reclamaciones formuladas por los clientes[13], están previstas expresamente en la normativa de transparencia que regula la información que deben incorporar los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios a tipo variable. Dichos préstamos están expresamente regulados en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, que se remite, en cuanto a la información a proporcionar sobre los mismos, a las normas de ordenación y disciplina dictadas al amparo del artículo 48 de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito; normativa que hoy se concreta en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA 2899/2011) que sustituye a la OM 5 de mayo de 1994 y en la "Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario", publicada en julio de 2013 conforme al art. 20 de dicha Orden. Tanto en la OM de 1994 como en la actualmente vigente,

no sólo se acepta tácitamente la existencia de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable, sino que la misma se regula expresamente, declarando exigibles determinados requisitos de transparencia e información que al Tribunal Supremo le parecen insuficientes y en algún caso, incluso constitutivos de la opacidad generadora de la nulidad declarada.

También están expresamente contemplados en el art. 18 de la Ley 2/2009, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*[14], para establecer el deber notarial de informar al consumidor y advertir a las partes de la desigualdad al alza y a la baja, haciendo constar dicha circunstancia en la escritura. Y, con posterioridad a la STS 9.5.2013, también está expresamente prevista en la Ley 1/2013[15], de 14 de marzo, e implícitamente permitida en el art. 5.2 b) de la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito.

La práctica de establecer límites a dicha variabilidad tampoco es reciente. Su peso, según el informe del BE[16], ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera. También es una práctica que ha experimentado pocas alteraciones, dado que, salvo en 2009 (año en el que se produjo una significativa elevación de las operaciones con límites a la subida y a la bajada de tipos, lo que ha elevado la importancia de estas operaciones en 10 puntos porcentuales hasta situarlas por encima del 40%), se había venido situando en torno a un tercio de las operaciones. Argumento éste que no es baladí, puesto que, como considera el voto particular disidente de la falta de transparencia decidida en el fallo de la STS 8.9.2014, "…que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas".

3. LOS MOTIVOS DEL FALLO ANULATORIO: UN CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DISTINTO DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y DEL CONTROL DE CONTENIDO

A. EL FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Según la asociación de consumidores demandante en el proceso que dio lugar a la STS 9.5.2013, la cláusula suelo afecta al equilibrio de las posiciones de las partes en el contrato porque, mientras que el límite mínimo de variabilidad se alcanza de hecho, impidiendo al consumidor la variación a la baja del interés inicial pactado, el límite máximo ("techo") no es susceptible de servir de cobertura al riesgo de una elevación proporcional a aquélla en contra de la entidad acreedora. Y es que si la media de suelo que aplicaban las entidades demandadas era del 3,56%, la del techo - estaría en el 12,67%, un nivel de riesgo de elevación de tipo de interés muy difícil de materializarse.

Frente a dicha fundamentación, acogida inicialmente en la Sentencia 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla, y posteriormente rechazada por la Audiencia Provincial, el TS afirma que las cláusulas suelo son "lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidoras del *objeto*[17](sic) principal del contrato[18] y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos". El TS no sólo excluye la abusividad por falta de reciprocidad, sino que expresamente declara la licitud de las cláusulas discutidas en cuanto al fondo, y aclara que se trata

de una cláusula habitual que puede responder a razones objetivas del mercado crediticio[19]. La sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo (& 258), porque de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, *al operar aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*.

En efecto, "no existe necesidad de que exista equilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes suelo-techo" (& 257), y "corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites impuestos por el legislador" (& 259). Además, la cláusula está expresamente prevista por el Legislador y su supresión encarecería el coste del crédito (& 262). Precipitarse en generalizar la consideración de abusiva a toda limitación desigual de la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable habría implicado desconocer la naturaleza jurídica y la función contractual de la cláusula en cuestión. En principio, el "techo" cumple una función similar a la de instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés a que se refiere el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. También lo es que las acotaciones al alza, no tienen, en general, virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés. De hecho, según se expresa en el mismo, muchas de las entidades que aplican límites simultáneos, también ofrecen a la clientela otros productos específicos para la cobertura de este riesgo. Sin embargo, la imposición de un techo más bajo agravaría sin duda el préstamo reduciendo el período de amortización y aumentando el montante de las cuotas sin que el riesgo de una subida de los tipos de interés a medio plazo compense al consumidor de las desventajas que ello supone a corto plazo. Y en definitiva, acabará con la modalidad de interés variable, eliminando las ventajas que para el consumidor reporta la misma (interés inferior, plazos de amortización mayores y un menor coste en su eventual amortización anticipada).

B. EL FUNDAMENTO DEL FALLO ANULATORIO

Como consecuencia de este rechazo de la nulidad por el carácter abusivo pretendido en la demanda, el TS no dicta una sentencia desestimatoria, sino que, por el contrario, dedica los siete apartados del FJ sexto a justificar, con base en la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC y la posibilidad de acoger un motivo de nulidad no alegado, esto es, la falta de transparencia en la fijación del interés debido por el consumidor, que la propia STS resume de la siguiente forma:

"a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad".

C. CRÍTICA A LA FUNDAMENTACIÓN DEL FALLO

La anterior argumentación no se puede compartir[20], por las razones que seguidamente se exponen:

a) El TS ha considerado que nuestro Derecho necesitaba una norma como es el § 307 (1) inciso segundo, del Código civil alemán (BGB[21]) para colmar una laguna que nuestro sistema no ha padecido nunca, precipitándose con ello en el abismo de una oscura transparencia[22]. Se conculca con ello el sistema de fuentes del Derecho, porque en definitiva se viene a decir que las cláusulas suelo enjuiciadas no superan el juicio de validez a pesar de haber satisfecho el estándar de transparencia del art. 80.1 y la exigencia de buena fe del art. 82.1 del TRLCU[23] porque no superan un tercer criterio que no está formulado en sitio alguno salvo, como reconoce el TS, en el propio art. 80.1, el cual, *como reconoce el propio TS,* ya ha sido cumplido por las entidades bancarias. No puede olvidarse que la categoría de las cláusulas "sorprendentes" fue expresamente rechazada en la tramitación parlamentaria de la LCGC[24] y que los requisitos de incorporación de la LCGC (arts. 5 y 7) y el TRLCU (arts. 80 y 83), a diferencia de lo que ocurre en Alemania (país que decidió transponer la exoneración del control de abusividad de los elementos esenciales que permitía el art. 4.2 de la Directiva 13/1993), ya son exigibles en nuestro país a la determinación del precio y el objeto del contrato[25].

b) Para el cumplimiento de este tercer criterio de transparencia que exige la STS, se descalifica como medio de cumplimiento la satisfacción de todas las exigencias que impone la normativa sectorial que precisamente tiene como finalidad conseguir un óptimo nivel de información - transparencia a favor de los deudores hipotecarios. Y no sólo: la mayoría de las tachas de transparencia que la Sentencia achaca a las cláusulas en cuestión (especialmente la ubicación separada del tipo de interés, la formulación junto con el techo y la "abrumadora información" a que se refiere la STS 9.5.2013) tienen su origen en el cumplimiento de dicha normativa.

c) Considera el TS que el nivel de transparencia que su sentencia exige, y que según la misma no cumplen las cláusulas suelo objeto de la declaración de nulidad del fallo, impide al consumidor "percatarse de su importancia", lo cual las convierte en abusivas, aun cuando, como admite expresamente en el § 216, cumplen con los requisitos de inclusión. En definitiva, según el TS, existe un criterio de abusividad relacionado con la comprensibilidad real que escapa del control de inclusión para determinar abusividad por sorpresividad. Pero es evidente que la sorpresa ha de causarle un "desequilibrio importante" en el sentido del art. 82 TRLCU, si no queremos caer en la más absoluta (y *contra legem)* creación judicial de Derecho. Porque, según la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013, 89), en la que el TS se apoya para justificar la introducción de oficio de la *abusividad por falta de transparencia*, "para determinar si se causa el desequilibrio 'pese a las exigencias de la buena fe', por el órgano judicial llamado a estimar de oficio la abusividad de la cláusula "debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual".

¿Los consumidores habrían sopesado la cláusula suelo para decidir su elección?

Creemos que no, a pesar de la inexistente actividad judicial valorativa al respecto en este caso. El consumidor medio centra su decisión sobre el coste actual en el momento de contratar. La propia Sentencia asume esta realidad (§ 220), transcribiendo la opinión al respecto del Informe del Banco de España remitido al Senado[26]. Y sobre este coste, en dicho momento, el consumidor habría admitido cualquier limitación siempre que supusiera una bajada, siquiera ésta fuese mínima. Porque para el consumidor siempre será mejor un límite a la bajada del interés que un interés fijo, que

notoriamente le ha ofrecido el mercado y que éste ha rechazado. Si el Tribunal Supremo considera que el consumidor desconoce la cláusula suelo, también ha de serlo que desconoce el techo. Lo cual significa que habría aceptado un préstamo cuyo interés (conocido y aceptado como variable) se hubiera elevado sin límite alguno conforme a las fluctuaciones del mercado crediticio. ¿Puede mantenerse tras esta consideración que para el consumidor era esencial la expectativa futura de un coste sustancialmente menor? Creemos que tampoco. El consumidor —y menos el consumidor ignorante que toma como paradigma el TS— no realiza el juicio previo a sus elecciones sobre circunstancias eventuales, como lo es en nuestro caso la bajada de tipos[27]. Por lo tanto, no es posible concluir en la transcendencia de las limitaciones a la rebaja del coste del crédito en las posibilidades reales de elección del consumidor entre varias ofertas cuando a la vez se acepta que el consumidor, ignorante también del techo, contrató aceptando la posibilidad de un coste ilimitadamente superior. La Sentencia castiga al consumidor futuro solicitante de crédito con la desaparición de los préstamos a interés variable, así como del propio techo, que no puede subsistir sin el suelo.

d) Persiste otra crítica que escapa de los argumentos de legalidad ordinaria y pasa a situar el problema en el ámbito constitucional en el que ahora se encuentra. En ningún momento del proceso y por ninguna de las partes se discutió la falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula suelo[28]. En términos de la *causa petendi* que delimitó la *litis contestatio*, (abusividad por falta de reciprocidad suelo-techo) las afirmaciones contenidas en los & 257, 258 y 259 de la Sentencia deberían haber provocado la desestimación de la demanda y, por ende, la confirmación de la sentencia de la Audiencia. En ellos, hemos podido comprobar cómo la sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, porque la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, al operar aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. Pero, como hemos dicho, la sentencia justifica, con base en la doctrina del TJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC y la posibilidad de acoger un fundamento de nulidad no alegado, cual es la abusividad que se produciría —al margen del criterio de abusividad del art. 82 TRLCU— por defecto de transparencia en la cláusula considerada. Afirma el Tribunal Supremo que 'la interpretación a contrario sensu del art. 4.2 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del *objeto principal del contrato* (sic) se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible'. Y que ello pueda llevarse a cabo de oficio, *atemperando las clásicas rigideces del proceso*. Pero la doctrina comunitaria no permite amparar una actuación de oficio en la aplicación directa de la norma, sino que en una interpretación correcta, invita al juzgador a que *de oficio abra un incidente* (o lo invente, si la norma nacional no lo habilita) *para que se puedan determinar de manera contradictoria* los hechos[29], o los nuevos hechos, relevantes para la decisión y entonces sí, por segunda vez, el juez actúe de oficio en la aplicación de la norma *"tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"*(STJUE *Banif,* n. 23). Lo contrario incurre en incongruencia y genera indefensión a las demandadas porque ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Fiscal, ha tenido ni la posibilidad ni la ocurrencia de alegar y probar lo que a su derecho importare sobre si las cláusulas suelo discutidas, que son lícitas, han incurrido o no en alguna de las contingencias listadas en el Fundamento decimotercero y que las condena a nulidad por lo que nadie pidió.

Cosa distinta ocurriría si, a modo de lo que sucede en el Derecho alemán, austriaco o francés, existiera algún mecanismo para que el tribunal planteara a las partes la posibilidad de acoger una calificación jurídica alternativa de los hechos, dándose oportunidad de defenderse de la forma que consideraran oportuna, a modo del planteamiento de la tesis del proceso penal[30]. No siendo esto así *fuera del ámbito del control de oficio* en los términos de la doctrina explicada del TJUE, la regla *iura novit curia* sólo permite al juzgador aplicar el Derecho que "como estime más acertado", ajustándose al "genuino fundamento de la pretensión, siempre que no prescinda de la *causa petendi*".

4. LOS (LIMITADOS) EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Si la cláusula suelo es intrínsecamente válida en cuanto al equilibrio de las prestaciones de las partes, la declaración de nulidad por falta de transparencia que realiza la STS 9.5.2013 no pudo tener otro objeto que los contratos sometidos a enjuiciamiento, y como únicas destinatarias, las entidades bancarias demandadas[31], disponentes de las cláusulas impugnadas, que según el TS *carecen de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLCU, de manera que no permiten al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato (sic) y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.*

El TS considera que los efectos de la declaración de nulidad *no se pueden extender a cualesquiera cláusulas suelo incluidas en contratos de otras entidades no demandadas.* En realidad, ni siquiera podrán ser aplicables a otras cláusulas suelo incluidas en contratos de las propias entidades demandadas que no sean los constitutivos del objeto de dicha demanda[32]. Según la sentencia, los efectos del fallo quedan limitados *"a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos".* Y dado que cualquier aditamento informativo tendrá el efecto de excluir la cláusula en cuestión de tan declaración de nulidad, el colofón es asimismo una publicidad de la sentencia atípica, sesgada, en la que *no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe junto a la del fallo* (cuya publicación en prensa sí se acuerda) y sin perjuicio del mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo que ordena el art. 22 LCGC.

Según el TS, ello es así porque: a) La demandante no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada; y, b) por el casuismo propio de la nulidad cuando la misma no se debe al desequilibrio contractual de las partes sino a las deficiencias de información que las hacen "no transparentes".

La primera de las razones cae por sí sola. La eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva puede determinar la prohibición de utilizarla en el futuro sin necesidad de que el demandante solicite la extensión de los efectos de la prohibición a otros contratantes (art. 221.1 LEC). De hecho, es este efecto lo que justifica que la legitimación quede limitada en las acciones de cesación a determinadas entidades y órganos dirigidos a la actuación de los intereses generales de los consumidores. Es decir, que si realmente nos encontrásemos ante un fallo estimatorio de una acción de cesación contra cláusula abusiva, el efecto del fallo se extendería automáticamente a cualesquiera cláusulas del mismo tipo.

La segunda de las razones aducidas por el Tribunal Supremo, más cercana a la verdadera justificación de la limitación de los efectos del fallo, traiciona la aparente congruencia de los argumentos de nulidad de la sentencia en relación con la causa alegada por la entidad demandante. Es más, viene a reconocer que la falta de trasparencia puede determinar la no incorporación de la cláusula aisladamente con-

siderada y analizada en función de múltiples variables particulares (del tipo de las analizadas en este proceso), pero que, como defecto en la formación de la voluntad contractual, es un criterio relativo, subjetivamente condicionado, un problema de transparencia e información a la clientela que por depender de elementos externos a la propia cláusula enjuiciada (cumplimiento de deberes de información impuestos a las entidades por la normativa vigente, diligencia en los deberes impuestos al Notario actuante…) no susceptible de convertirse en el objeto de una acción colectiva de cesación[33]. A diferencia de la abusividad de fondo (que se consiente, pero de forma impuesta), la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso. Aquí puede ponerse el ejemplo de la gestión del conflicto de las participaciones preferentes y la gestión de carteras de inversión, muy ilustrativas en este sentido[34]. La jurisprudencia ha dado por bueno que no todos los suscriptores son igualmente protegibles, en función de su nivel cultural, de la información (incluso oral) a la que hayan podido tener acceso, de su perfil de riesgo, etc. Por esa razón desde el principio se abortó judicialmente la posibilidad de litigar la licitud de las participaciones preferentes en el seno de procedimientos colectivos en que se ejercitan abstractamente acciones de cesación. Sin embargo, las cláusulas abusivas "en todo caso" constituyen un supuesto de ilicitud, de contravención de norma imperativa (art. 1.258 CC, justo equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes) que puede verificarse en abstracto. Por eso, las cláusulas abusivas pueden ser objeto de una acción colectiva de cesación, mientras que la no incorporación de una cláusula a un contrato concreto requiere un análisis del grado de comprensibilidad y consentimiento a la cláusula en cuestión[35].

Lógicamente, esto no pudo ni podía decirlo el Tribunal Supremo sin desestimar la demanda y desandar el camino recorrido desde la demanda que dio lugar a la sentencia (estimatoria por razones de abusividad de fondo) del Juzgado. La congruencia procesal, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes, sólo podía salvarse dejando incólume el fundamento de la acción ejercitada o estimando una causa de nulidad de oficio distinta de la alegada. La "licitud intrínseca" en la que la sentencia insiste hacía imposible la primera opción. Pero, por lo anteriormente dicho, la no incorporación por falta de trasparencia contemplada en el art. 80 TRLCU no es apreciable de oficio[36], a diferencia de la abusividad de fondo recogida en los arts. 82 y sigts. Y ni el Ministerio Fiscal ni la asociación demandante habían introducido este elemento en el debate ni en ningún momento del proceso se practicó la *prueba de la comprensibilidad del adherente medio no entendido en Derecho* que exige toda declaración de falta de transparencia[37].

Para dar el salto en el vacío que da la STS 9.5.2013 era necesario guardar la ropa de la congruencia convirtiendo la falta de transparencia en abusividad. Porque una vez realizada la conversión, podría el Tribunal estimarla de oficio a pesar de haber rechazado previamente el fundamento de nulidad intrínseca o de fondo de la acción ejercitada por la demandante.

Que los efectos del fallo sólo puedan ser extendidos a cláusulas *idénticas* no completadas con informaciones adicionales y que las cláusulas anuladas no se publiquen junto con el fallo de la sentencia se explica por esa razón. Esto es, de facto, no se ha estimado una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas, sino una suerte de acumulación de acciones de no incorporación. Es más: como la propia sentencia reconoce, la falta de transparencia ni siquiera deriva de una oscuridad interna de la cláusula (falta de claridad, sencillez, concreción, legibilidad y accesibilidad) sino de la falta de información [FJ 17º, 2.4 f)], información sobre la que además existe un deber de información externo e impuesto por la normativa vigente que en la mayoría de los casos se cumple pero al que la sentencia no alude.

Por lo tanto, en un panorama de inseguridad jurídica tal, las entidades bancarias lo tenían

muy fácil para eludir el reproche. También sería difícil sostener que con base al art. 84 TRLCU Notarios y Registradores pudieran negarse a la autorización e inscripción de cláusulas no idénticas pero sí similares o completadas sólo a efectos formales; y, además, el consumidor que deseara aprovechar los efectos de la sentencia tendría en principio que probar (¡al final en un proceso individual y distinto, en contra del espíritu de las acciones colectivas de cesación!) la identidad de la cláusula y la ausencia de otros "elementos" de información adicional. Y todo ello es consecuencia de una maquillada pero patente incongruencia procesal.

Sin embargo de la meridiana claridad de la licitud de la cláusula reconocida por el TS, la realidad demuestra que los efectos socioeconómicos del fallo anulatorio se han abandonado a la deriva de la inseguridad jurídica derivada de otras afirmaciones contenidas en la sentencia, haciendo de la incorrecta afirmación "el TS declara nula la cláusula suelo" el ejemplo más vivo del consejo gobeliano "repetir una mentira una y mil veces hasta que se convierta en verdad". En la praxis no se ha realizado ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, y se aboca a una declaración automática de nulidad, revelando con ello la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia[38]. Prueba de ello ha sido la reciente STS 8.9.2014 ya citada, que, si bien ha tenido por objeto la acumulación de ocho acciones individuales de nulidad interpuestas contra cláusulas suelo de la entidad Bankia, lo cierto es que ha hecho tabla rasa de la cuestión, omitiendo realizar una sosegada diferenciación entre las distintas circunstancias y formalidades tendentes a propiciar el conocimiento por parte del consumidor de las cláusulas objeto de enjuiciamiento, tal y como evidencia de forma clarísima el voto particular emitido frente a la misma por esta razón.

En un principio, tras la publicación de la STS 9.5.2013, la Dirección General de Regulación y Estabilidad Financiera del Banco de España envió, el 25 de junio de 2013, una carta a las patronales del sector bancario (AEB, CECA y UNACC) para que trasladaran a sus socios la necesidad de revisar si las cláusulas suelo de sus hipotecas se adecuaban a la resolución. Se señalaba igualmente que las entidades "deberán, en lo sucesivo, extremar la atención a la hora de comercializar las hipotecas que incorporen este tipo de cláusulas siguiendo, *en especial y entre otros, los requerimientos de información, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, así como los criterios establecidos por la sentencia del Supremo*". El Gobernador del Banco de España afirmó la necesidad de hacer desaparecer las cláusulas suelo en los casos en los que su legalidad apareciese como dudosa. Pero todo ello sin una orden de retirada a la AEB y a la CECA en tal sentido, sino una llamada de atención a las entidades para que revisen sus cláusulas y decidan bajo su propia responsabilidad si se ajustan a los requisitos impuestos (a sensu contrario) por la STS 9.5.2013 y, de resultar lo contrario, las eliminen de sus contratos. Las sorprendentes dudas del máximo órgano de disciplina bancaria sobre la legalidad intrínseca de las cláusulas suelo sólo pueden explicarse desde la situación de inseguridad jurídica y devaluación del sistema de fuentes creada tras la sentencia.

Las afirmaciones[39] de los máximos responsables del Banco de España sorprenden por su resignación ante la inseguridad jurídica creada por la STS 9.5.2013. Desde el Banco de España bien podría haberse entendido, y esto habría sido lo correcto, que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, habría venido a reconocer la licitud de la cláusula suelo cuando la misma se ajusta a las obligaciones de información y transparencia de la normativa sectorial reguladora de los préstamos hipotecarios. Lejos de ello, el TS exige a las entidades que sujeten las cláusulas a una sentencia que fue dictada con anterioridad a dicha normativa, que en la actualidad tiene rango de ley. Sentencia que, por si ello no fuera suficiente, se permitió aclarar su fallo por Auto de 3 de junio de 2013, endureciendo las condiciones

del mismo (al considerar suficiente una sola de las circunstancias descritas en el FJ decimotercero, § 225, para calificar como abusiva por falta de transparencia la cláusula en cuestión) y, lo que es peor, advirtió, con clara referencia a las normas de transparencia vigentes, que la utilización de "determinadas fórmulas", "*formalismos a menudo carentes de eficacia real*" no será suficiente para impedir la falta de transparencia, esto es, para permitir al consumidor *identificar la cláusula como definidora del objeto (sic) del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*. En efecto, las entidades recurridas presentaron solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, interesando que la Sala aclarase, entre otros, el apartado séptimo del fallo de la Sentencia en el sentido de que la declaración de nulidad sólo es predicable respecto de las cláusulas suelo allí indicadas, de modo que satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado o, en su defecto, respecto de las que se hayan adoptado medidas equivalentes (como por ejemplo la comunicación de información verbal o por escrito, o la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante u otro documento análogo).

Según el TS, a través de su Auto de 3 de junio de 2013 queda "aclarado":

a) que el apartado séptimo del fallo establece "seis motivos diferentes" de falta de transparencia. Y que una cláusula puede ser abusiva por contravención de únicamente uno de ellos es debido a que sólo uno se refería a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas, cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. b) Que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. c) que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. d) "que la presencia aislada de alguna, o algunas no determina necesariamente que la cláusula sea abusiva por falta de transparencia".

Por su parte, el § 300 de la sentencia limitó los efectos del fallo a las entidades que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, "cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

En consecuencia, no se sabe cómo se puede satisfacer en el futuro el test de transparencia del § 225, porque (a) la procedencia de uno de los criterios de no-transparencia no hace sin más nula la cláusula, ya que el defecto puede ser compensado por otras cláusulas o por la "impresión de conjunto" de la cláusula suelo; (b) ni tan siquiera la concurrencia de todos los factores negativos determina de suyo y siempre la nulidad porque, según el Auto, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios; y, más importante, (c) puede resultar que una cláusula suelo llegue a ser no-transparente a pesar de no haber incurrido en ninguno de los factores de no-transparencia listados en § 225, por estar afectada de alguna otra patología oculta que no se predefine. d) No se sabe qué otra información adicional podría ser suficiente para compensar la falta de transparencia declarada por la Sentencia.

5. LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y TRANSPARENCIA QUE EL TS NO CONSIDERA SUFICIENTE PARA CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE PROTECCIÓN Y LA TRANSPARENCIA

Cuando la sentencia del TS fue dictada, ya estaba vigente, aunque no resultase

aplicable a los préstamos objeto del pleito, la EHA/2899/2011, que vino a sustituir a la OM 5.5.1994[40]. La Orden determina los requisitos de la información precontractual y el contenido contractual de los préstamos hipotecarios, partiendo de la existencia de la cláusula suelo y determinando los requisitos de la información previa y de la inclusión en el contrato de las cláusulas de este tipo. Sólo cinco días después de la publicación del fallo de la sentencia se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que incluye un artículo 6 dedicado al fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, en el que de nuevo se parte de la licitud de las cláusulas de limitación del interés al alza y a la baja, exigiendo determinados deberes notariales en la verificación de los anteriores deberes. La sentencia ha declarado que la observancia más escrupulosa de los requisitos de información-transparencia impuestos por la normativa imperativa sectorial (OM de 5.5.1994, vigente en el momento de la contratación objeto del proceso, actualmente sustituida por la Orden EHA/2899/2011) no servirá para satisfacer el estándar de transparencia exigido por el juzgador, cuando es manifiesto que éste fue y ha sido el propósito del Ministerio de Economía y del Banco de España cuando las dictó. Es claro, pues, que la existencia de la "Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario", publicada en julio de 2013 conforme al art. 20 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA 2899/2011) con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información estandarizada para adoptar sus decisiones de financiación, no constituye de suyo "esa información adicional" que según el TS eliminaría la falta de transparencia de la cláusula. Tampoco aparece con claridad que la información "orientativa" de las *Fichas de Información Precontractual (FIPRE)* previstas por el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011 sea suficiente para el TS para eliminar un posible supuesto de falta de transparencia.

¿Bastará el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez? Porque, como se advirtió en su momento[41], "si con tal cosa quedaba satisfecha la exigencia, y no podía ser de otra forma, salvo que se conculque el principio de legalidad, el empeño de la sentencia es un *non sequitur,* que condena a las entidades demandadas *por nada* y les exige en el futuro acomodarse a una exigencia *que es nada*". El resultado es que la sentencia padece de una absoluta falta de lógica en la motivación: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente; más aún, este cumplimiento será indiciario de que no se está respetando la exigencia de la *verdadera* transparencia. La sentencia impone un programa de cumplimiento que, o bien las entidades ya están cumpliendo, o bien no pueden cumplir sin infringir la normativa sectorial correspondiente o bien sólo pueden cumplir, y no incumplir la norma sectorial, mediante la reduplicación de información documental productora de una "información abrumadoramente exhaustiva", lo que les hará sucumbir finalmente y sin remisión en el reproche de falta de transparencia "por información abrumadora y excesiva". Un repaso de la información previa y coetánea a la firma de la escritura de préstamo que impone la normativa sectorial en relación con la cláusula suelo-techo así lo demuestra[42]. Veamos por qué:

a) Si se cumple el estándar formal documental impuesto por las normas sectoriales, la cláusula suelo/techo incurrirá en el defecto de falta de transparencia por información

abrumadora y excesiva que achaca la sentencia a las cláusulas objeto de la demanda (artículo 25 EHE 2899/2011: Información adicional sobre cláusulas suelo y techo: "En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima; art. 29: las cláusulas financieras serán establecidas de forma separada al resto de cláusulas restantes, cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la ficha de información personalizada (por lo tanto, volverá a reiterarse la cláusula suelo en las nºs 2,3,5,6,14 y anexo de las condiciones financieras de la escritura de la forma ya vista en relación con la FIPER.

b) Según el TS, puede ser nula una cláusula que *crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero* (§ 217). Pero entonces la cláusula suelo, que el propio TS considera lícita, sería siempre nula, porque de hecho el préstamo seguirá siendo a interés variable a pesar de la cláusula y en virtud de la misma, y así debe indicarse según lo dispuesto en la normativa sectorial vigente. En el apartado 14 de la Ficha de Información Personalizada (FIPER) figurará la frase "debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado, en negrita, sombreado o con letras de mayor tamaño]" y que los arts. 23.1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 concretan las obligaciones de asesoramiento que ex art. 147 RN (redactado por RD 45/2007) incumben al Notario autorizante[43], entre las que se encuentran, *en préstamos a interés variable*, la necesidad de informar sobre las cláusulas suelo-techo.

c) Según el TS, conduce a la no-transparencia la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del *objeto* (sic) principal del contrato. Si lo que quiere decir la STS es que la cláusula suelo define, complementándolo[44], un elemento esencial del contrato, la exigencia se reduce a ubicarla junto a la cláusula definitoria del interés variable y el diferencial aplicable *de forma destacada* (lo que, como ya hemos visto, ya exigía y exige la normativa sectorial) a modo de especificación del interés mínimo (y máximo) a pagar. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, que regula la ficha de información personalizada de obligatoria entrega al consumidor (FIPER), se especifica de forma destacada, dentro del apartado dedicado al interés, la modalidad de su determinación, fijo, mixto o variable y en este caso, la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. Y en el artículo 25 de la Orden se establece la necesidad de una información adicional sobre cláusulas suelo y techo, según el cual, en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, *se recogerá en un anexo*[45] *a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.*

d) Según el TS, crea falta de transparencia la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (§§ 219, 258). Esta exigencia es asimismo de difícil cumplimiento, habida cuenta de que la normativa vigente exige que ambos extremos figuren de forma unitaria y destacada en la misma información y cláusula contractual "límites al alza y a la baja". En el apartado 5.6) de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España en julio de 2013 siguiendo el mandato contenido en el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, y en la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de

medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social el máximo órgano de disciplina bancaria reconoce que *es el cliente quien debe prestar atención y valorar la diferencia existente entre el suelo y el techo, y la relación que estos guardan con el tipo de referencia seleccionado cuando el contrato incluya estas cláusulas* (cláusulas techo, suelo, o techo y suelo), previstas en la normativa de transparencia (actualmente en la Orden EHA/2899/2011) de forma necesariamente conjunta (vid. art. 21, Anexo I, *Ficha de Información Precontractual o FIPRE*, secc. 3; art. 22, *Ficha de Información Personalizada o FIPER*, secc. 2; secc. 3;secc. 5 c; art. 25, Anexo a la FIPER; art. 29, cláusulas financieras reiterativas de la FIPER). La propia OM 5.5.1994 vigente en el momento de la contratación objeto de los contratos objeto del proceso exigía asimismo hacer constar en la misma cláusula financiera los límites mínimo y máximo inmediatamente después de la formulación general de la variación y de la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia (en un apartado 3º a la cláusula financiera 3ª *bis*) en términos absolutos (tipo de interés porcentual máximo y mínimo) "cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo" y en caso contrario, "de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. La consecuencia es que las entidades no pueden evitar de ninguna forma incorporar conjuntamente las cláusulas techo y suelo, porque la norma sectorial exige que se hagan constar en una misma casilla la existencia de limitaciones cualesquiera a la alteración de los tipos. Será entonces la norma la que cree la *falsa impresión* de que el techo es una limitación proporcional y recíproca del suelo, pero las entidades financieras no pueden hacer nada por evitarlo.

e) Según la sentencia, se incurre en falta de transparencia cuando no se aportan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. Este requisito ha de considerarse sobradamente cumplido, no sólo con la información personalizada inclusiva de las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación a través de la FIPER, en la que debe hacerse una mención específica y especial a las mismas "de forma destacada en negrita, sombreado y carácter de mayor tamaño", indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos (ANEXO II Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Sino, sobre todo proporcionando las simulaciones a que obliga el art. 26 de la Orden según lo dispuesto en la sección 3 de las instrucciones para la cumplimentación de la FIPER. El art. 26 de la Orden EHA/2899/2011 establece que habrá de adjuntarse a la Ficha personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se expresarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor. De acuerdo con el art. 27 de la Orden, pueden utilizarse los tipos de referencia oficiales allí definidos, que se publican mensualmente. Por su parte, la sección Tercera, dedicada a las instrucciones de cumplimentación de la FIPER, ordena:

Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

f) Otra cuestión relativa a la seguridad jurídica en relación con los efectos de la STS 9.5.2013 es la de los distintos medios de información al consumidor (de *pluralidad de medios* de información adicional a las cláusulas anuladas habla el auto aclaratorio) en relación con los efectos del fallo a contratos existentes en el momento de la misma. Según el art. 22.3 de la Orden EHA/2899/2011), toda información adicional a la FIPER que la entidad facilite al cliente debe figurar en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha personalizada, lo que parece imponer la plasmación por escrito de la información oral que la entidad alegue haber proporcionado. Pero desde el momento en que se plasme en documento separado una mención a que el adherente ha recibido información adicional, se corre el riesgo de caer en el formulismo que la STS rechaza como mecanismo de transparencia.

6. CONCLUSIÓN

Como ya se apuntó cuando la cláusula suelo se encontraba de nuevo a las puertas de la casación[46], el Tribunal Supremo tenía en el nuevo recurso planteado con motivo de la acción de nulidad interpuesta contra una nueva oportunidad para clarificar los criterios de transparencia que considera exigibles, y debe hacerlo declarando la coincidencia entre sus exigencias y los requisitos establecidos por la normativa sectorial actualmente vigente. Solo de esta forma podría recuperarse la confianza de los operadores financieros y conseguirse restablecimiento de la seguridad jurídica en un sector en el que las vacilaciones de los tribunales están conduciendo al encarecimiento del crédito y al entorpecimiento de la recuperación del mercado inmobiliario. Nada de ello ha ocurrido. La Sentencia de 8.9.2014 ha reiterado su doctrina sobre la abusividad por falta de transparencia ajena y distinta al control de incorporación y situada en el ámbito del control de contenido, aplicándola y considerándola indiscriminadamente aplicable a las ocho cláusulas objeto de sendas acciones individuales acumuladas. Con ello ha aumentado la inseguridad jurídica y ha negado de facto la validez de las cláusulas suelo, en contra de la propia Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en su art. 5.2 b) presupone su validez.

La existencia del voto particular disidente del fallo en cuanto a la falta de transparencia apreciada por la mayoría en relación con dos de los contratos sometidos a enjuiciamiento así lo demuestra: "… para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor "las consecuencias económicas derivadas a su cargo"…" La consecuencia de todo lo anterior es que, según mi parecer, las cláusulas suelo correspondientes a los dos contratos de préstamo hipotecarios reseñados, aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, no debían ser declaradas abusivas".

NOTAS

1. La acción, que dio lugar al Juicio Ordinario 471/2010, se dirigió inicialmente contra 45 entidades. Finalmente se elevó a 53 el número de bancos y cajas demandados.

2. "Una visión alternativa sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable" http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/15/2010/15-2010-8.pdf.

3. CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. "La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las 'cláusulas suelo" es inconstitucional". Diario La Ley, nº 8160, 2013; "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva". Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

4. Muy significativo al respecto es el comunicado oficial de AUSBANC sobre el alcance real de la STS 9.05.2013 y la necesidad de interponer acciones individuales para obtener la nulidad pretendida, (http://www.ausbanc.es/web/Comunicado_oficial_en_relacion_a_la_sentencia_del__2013510143754.asp

5. CARRASCO PERERA, A. "La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación". (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf). Publicado en Centro de Estudios de Consumo, 3 de marzo de 2014.

6. En contra de la irretroactividad de los efectos anulatorios de la sentencia: (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf); CORDERO LOBATO, E. "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, ISSN 1138-9907, nº 8088, 2013, y "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)". Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6, pp. 129-133; HERNÁNDEZ GUARCH, C.: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6, Págs. 134-169; PUIG MATEU, J. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 parte Comentario; GARCÍA MONTORO, L. Nota jurisprudencial: "Contra la sentencia del tribunal supremo sobre cláusulas suelo: Hay que devolver las prestaciones"; (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf)1.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", InDret, Julio de 2013, p. 5; "La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario: entre la satisfacción y el estupor". El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 38, 2013, pp. 30-35; MATEOS FERRES, M. "Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013" Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 (parte Comentario); AGÜERO ORTIZ, A. "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales" (http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp); "Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos" (http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/). A favor de ella: PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", Diario La Ley, núm. 8097, LA LEY 3134/2013, p. 3. ORDUÑA MORENO, J.: "Control de trasparencia y cláusulas suelo". Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario).

7. La SAP Cáceres (Sección 1ª), sentencias núm. 257/2013 de 2 octubre y 61/2013 de 18 junio declara "patente" la falta de información. Al igual que la SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 180/2013 de 31 octubre, dicha resolución entiende que la posterior renegociación de suelo ante la reclamación extrajudicial del prestatario suponga negociación individual. En igual sentido, sobreseyendo la ejecución por iliquidez de intereses derivados de cláusula nula, Auto AP Córdoba núm. 28/2014 de 29 enero. Aplica de forma igualmente automática los criterios de falta de transparencia de la STS 9.5.2013 el auto de la AP Burgos (Sección 2ª), auto núm. 15/2014 de 28 enero. Sin embargo, la SAP Pontevedra (Sección 1ª), núm. 446/2013 de 29 noviembre, en contra de dicho automatismo declara que afectando la cláusula suelo a un elemento esencial del contrato no queda sujeta al control de contenido, que en sí misma no es contraria a la buena fe ni por sí misma puede entenderse como una estipulación que cause desequilibrio económico a las partes del contrato. En el mismo sentido, SAP Cuenca (Sección 1ª), núm. 210/2013 de 30 julio y SAP Almería (Sección 2ª), núm. 55/2014 de 12 marzo y Auto AP Zaragoza (Sección 5ª), núm. 494/2013 de 19 noviembre. Finalmente, no faltan resoluciones que directamente la consideran nula por desequilibrio de fondo entre suelo y techo (SAP Murcia (Sección 4ª) núm. 530/2013 de 12 septiembre).

8. Algunas resoluciones posteriores siguen el criterio contrario al establecido por el Tribunal Supremo y están acordando la devolución de cantidades Auto AP Barcelona (Sección 14ª), núm. 108/2014 de 9 mayo, SAP Valencia (Sección 9ª), núm. 174/2014 de 9 junio, SAP Huelva (Sección 3ª) de 21 marzo 2014; SAP Asturias (Sección 4ª), núm. 120/2014 de 8 mayo y núm. 87/2014 de 28 marzo, que se considera autorizada para esgrimir razones serias para apartarse del precedente de la STS 9.5.2013 en virtud de las objeciones de la doctrina científica a la misma. En contra, asumiendo la irretroactividad como criterio aplicable a pesar de no tratarse de acción colectiva, SAP Vizcaya (Sección 4ª), núm. 83/2014 de 10 febrero, SAP Pontevedra (Sección 1ª), núm. 70/2014 de 27 febrero y SAP Ourense (Sección 1ª), núm. 108/2014 de 31 marzo. Una tercera interpretación consiste en aplicar la irretroactividad únicamente a las cantidades abonadas con anterioridad a la fecha de la STS 9.5.2013, como entiende la SAP Islas Baleares (Sección 5ª), sentencia núm. 155/2014 de 26 mayo o el Auto de la AP Granada (Sección 4ª), núm. 82/2014 de 11 abril y SAP Jaén (Sección 1ª), núm. 145/2014 de 9 abril. Pero como afirma GIMÉNEZ GLUCK, D. ("La suspensión cautelar de la cláusula suelo" Actualidad Jurídica Aranzadi num.880/2014 parte Comentario (BIB 2014\592), otros (pocos) Juzgados más respetuosos con la irretroactividad declarada por el TS se han planteado la viabilidad de acordar la suspensión cautelar de la cláusula suelo para evitar que el consumidor tenga que pagar, durante la pendencia del proceso, los intereses devengados como consecuencia de la aplicación de una cláusula que, previsiblemente, será declarada nula. Así, el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 9 de octubre de 2013, o el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga de 28 de enero de y el Auto de la AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 77/2014 de 21 febrero. En estas resoluciones se viene a concluir que procede la adopción de la medida solicitada por el consumidor, subsumiéndola bien en la medida del artículo 726.1.1ª en relación con el artículo 727.7, bien en la medida del artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimando que concurren los presupuestos para su adopción, esto es, apariencia de buen derecho, peligro por la mora procesal, y prestación de caución.

9. La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª, *da por supuesto* que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. En igual sentido, Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 59/2014 de 17 febrero. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, (comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo) y en el Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 185/2014 de 30 abril.

10. En la doctrina, sobre las "cláusulas suelo", véase CASTILLA CUBILLAS, M., "Sobre la abusividad de las cláusulas de "suelo" hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España", Revista Aranzadi Doctrinal, 2011, nº 1 (BIB 2011, 289), pág.1 ss.; ORDUÑA MORENO, J. "Control de trasparencia y cláusulas suelo" Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario). PÉREZ CONESA, C., "Nulidad de la 'cláusula suelo' en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2 (BIB 2011, 592), p. 1 ss.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 81-94 ss. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, De 7 de octubre de 2011)". Revista de Derecho Bancario num.126/2012 (Artículos Doctrinales).

11. Ejemplos de su aplicación a minoristas no consumidores son las SSAP Córdoba (secc. 3ª, 114/2013) de 18 junio 2013 (), y Huelva 21 de marzo 2014 (secc. 3ª, 151/2013).

12. Una síntesis de la variedad de criterios utilizados para reinterpretar, obviar, matizar o por el contrario, resignarse a la doctrina resultante de la STS 9.5.2013 por parte de las Audiencias Provinciales puede encontrarse en el artículo de CARRASCO PERERA, A. "La cláusula suelo de nuevo… cit. Coincidimos plenamente con el autor cuando afirma que "la situación anárquica ha llegado a su punto máximo de desarrollo posible, desde el momento en que las secciones especializadas de la AP Madrid (sección 28ª, SAP 23 julio 2013) y de la AP Barcelona (sección 15ª, SAP 16 septiembre 2013) sostienen ya interpretaciones distintas sobre cómo debe entenderse el contenido del § 293 de la sentencia del TS y que en la sala de Barcelona uno de los tres magistrados haya formulado voto particular, lo que hace sospechar que la regla sancionada puede no ser estable".

13. Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009, p. 115.

14. *Art. 18: Deberes notariales y registrales: "1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito*

con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley".
2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán: …b) En el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:…3º) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto".

15. Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Publicada en el BOE 116 del 15 de mayo de 2013, fecha de su entrada en vigor. Modificada por la Disposición Final Decimoséptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

16. Según el Informe realizado por el Banco de España para la Dirección General del Tesoro y de Políticas Financieras, remitido asimismo al Pleno del Senado, el 71% de la cartera encuestada no tenía restricciones a la bajada de tipos de interés, frente al 29% que sí tenía limitaciones al descenso, aunque de esta parte de la cartera, el 82% también tenía limitaciones a la subida; en sentido contrario, el 28% de la cartera tiene un techo o "cap" que limita la subida del tipo de interés, en un 85% de los casos unido a un suelo.

17. Llama la atención la reiteración de la afirmación consistente en que la cláusula suelo configura el objeto del contrato. La cláusula es un elemento accesorio de la fijación del *precio* del préstamo y constituye una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable que actúa a modo de instrumento de cobertura del riesgo. Pero de ahí a decir que constituye el objeto del contrato es tanto como decir que el porcentaje de descuento en el precio de la cosa vendida constituye un elemento esencial del contrato, lo cual es manifiestamente incorrecto.

18. Los intereses, variables o no, de un préstamo hipotecario no son indemnizatorios, sino remuneratorios del capital prestado. Y dentro de ese carácter, no son accesorios, sino determinantes del precio final, sujeto en su determinación a múltiples variables en función del riesgo para la entidad. Forman parte del precio de la operación que, como elemento esencial del contrato (que no su objeto, como desacertadamente afirma la STS), está en principio excluido del control de contenido previsto por el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. Y también lo es que la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito establece la libertad de fijación de precios de los servicios bancarios siempre con sujeción a las normas sobre transparencia bancaria emanadas de dicha ley. La STS afirma en su & 196 que en principio, y a pesar de la posición jurisprudencial vacilante sobre la cuestión (expuesta por CÁMARA LAPUENTE, S. en "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: dela STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo", Revista Cesco de Derecho del Consumo nº 6, 2013, pp. 98 y ss.), no cabe control sobre el equilibrio respecto del objeto (*sic*, elementos esenciales) del contrato. Pero seguidamente, en el & 97 afirma que el hecho de que una condición general definitoria del objeto (sic) del contrato no admita un control de abusividad en función de su contenido no es óbice para que la misma haya de someterse al doble control de transparencia que constituye la ratio *decidendi* de la Sentencia, y que es objeto de nuestro análisis crítico en las páginas siguientes. La STS de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6554), siguiendo la STJCE de 3 de junio del mismo año, ya declaró que el control de oficio del carácter abusivo no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias, pudiendo asimismo extenderse a las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual si los Estados Miembros, en su libertad para imponer una protección más amplia del consumidor, no establecían tal limitación. Por otra parte, aunque la sentencia no se refiere a ello, la propia Directiva condiciona dicha exclusión mediante la frase "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Y de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 *bis* a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adoptan disposiciones que "[…] *hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración*". Como han afirmado CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., ("El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación" (Estudios y consultas)". Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013, p. 177), es evidente que cabe control de las cláusulas relativas al tipo de interés (cfr. art. 85.3 TRLCU). Si el límite a la variación a la baja del tipo de interés no lo admite no es porque sea una condición general definitoria de un elementos esencial del contrato, sino porque no existen parámetros adecuados para que el Juzgador pueda ponderar dicha abusividad.

19. En el mismo sentido, argumentos de GONZÁLEZ CARRASCO, C. en "una visión alternativa…, cit. (www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigacion/2010/44.pdf).

20. Aunque a favor del control de transparencia se expresan ORDUÑA MORENO, J. "Control de trasparencia y cláusulas suelo" Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario). PÉREZ CONESA, C., "Nulidad de la 'cláusula suelo' en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2 (BIB 2011, 592), p. 1 ss.; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 1 ss.

21. El parágrafo, dedicado al control de contenido de las condiciones generales de la contratación afirma que, independientemente de su adecuación a la buena fe y al equilibrio contractual, una cláusula puede ser también ineficaz si no es clara y comprensible.

22. Como oscuro es el planteamiento del problema que el propio TS se crea a sí mismo en el & 215, al afirmar: a) Que *el cumplimiento de los requisitos de transparencia* de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, *es insuficiente* para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, *si no es transparente (sic).*

23. 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 otras leyes complementarias.

24. En el Proyecto de Ley se recogía una letra C) en el art. 5, afirmando que no quedar incorporadas al contrato las condiciones generales que "de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (BOCG Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 5-9-1997, núm. 78-1). Resulta relevante y premonitorio constatar que el Grupo Parlamentario Catalán, autor de la enmienda de supresión, consideró que el supuesto introducía gran inseguridad jurídica (BOCG, Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 23-10-1997, núm. 78-6, enmienda 81, p. 41).

25. Como afirma CÁMARA LAPUENTE, S., a quien seguimos en esta reflexión, en su trabajo "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia (de la STJUE 3 junio 2010 (Caja madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo" (REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO, núm. 6 (2013).
http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55: *Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo*.,: *"… El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva…"*

26. *"[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios […]".*

27. (Sobre ello, véanse las interesantes reflexiones de CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2006. p. 114).

28. Una argumentación ampliada de esta crítica puede encontrarse en CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. "La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las "cláusulas suelo" es inconstitucional". Diario La Ley, nº 8160, 2013; "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva". Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

29. *"El juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva"* (SSTJUE *Pénzügyi,* n. 56; *Banco Español de Crédito,* n. 44; *Banif,* n. 24; *Aziz,* n. 4).

30. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 108.

31. CARRASCO PERERA, A. /GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "¿Hay que "quitar" las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?". (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf, 22.7.2013).

32. Y, como acertadamente afirma CORDERO LOBATO, E. "Utilizar cláusulas suelo no constituye infracción administrativa" (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/ti8ab.pdf, publicado el 8.3.2014).

33. Como afirman CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., en "El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación" (Estudios y consultas. Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013.

34. STS 18 abril 2013, RJ 2013\3387; Sobre la reconducción de la falta de transparencia a vicio del consentimiento en contratación de swaps, SAP Barcelona 28 junio 2013 (JUR 2013\269229).

35. GONZÁLEZ CARRASCO, C. "Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013", Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6, pp. 98-115.

36. Incluso los autores que consideran existente un *tertium genus* de abusividad entre no incorporación y abusividad por contenido niegan que pueda estimarse de oficio la falta de transparencia o la sorpresividad. Así, PERTIÑEZ VILCHEZ, F., único autor español que ha dedicado una monografía a sostener la existencia de una abusividad basada en la falta de transparencia en nuestro Derecho, afirma textualmente en relación con "la apreciabilidad de oficio" lo que, por su interés, reproducimos: *El TSJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la apreciabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas en la Sentencia de 27 de junio de 2000, que resuelve sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia núm. 35 de Barcelona, relativa a una cláusula de sumisión expresa…La decisión del TSJUE es extensible a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que, como ocurre con la cláusula de sumisión expresa, el vicio de abusividad sea patente, pero no a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que la constatación de la abusividad no es posible sino mediante una valoración, que sólo judicialmente y mediante un proceso contradictorio se podría hacer, pues de lo contrario se estaría conculcando el derecho del predisponente a defender argumentos o a aportar pruebas. Las cláusulas abusivas sobre el precio y el objeto, y las cláusulas sorprendentes pertenecen a este segundo grupo de cláusulas cuyo carácter abusivo no es patente y sólo puede determinarse tras una valoración judicial a la vista de las alegaciones y de las pruebas practicadas por ambas partes sobre las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y el resto del contrato…La necesidad de valoración excluye, conforme al principio de contradicción, la posibilidad de que la nulidad de estas cláusulas sea declarada de oficio" (Las cláusulas abusivas por falta de transparencia*. Págs. 230-231).

37. Prueba que se exige incluso en aquellos ordenamientos en que la transparencia se erige en requisito de contenido (PETER ULMER, ERICH BRANDNER, HORST-DIETHER HENSEN), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed), ed. Otto Schmidt, Colonia, 2011.

38. La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª *da por supuesto* que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo. Según noticia del HERALDO DE ARAGÓN 26/09/2013, el Juzgado de lo Mercantil 1 de Madrid ha anulado por abusiva, no por falta de transparencia, una cláusula suelo de BANTIERRA.

39. Previamente, el ministro de Economía, Luis de Guindos, en la misma línea, había pedido al Banco de España que vigilase que toda la banca elimina las cláusulas cuando el cliente no haya sido debidamente informado, y sin que ello implicara un endurecimiento de otras condiciones del préstamo.

40. La primera norma de Derecho interno específicamente destinada a regular esta materia fue la OM de 5.5.1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (modificada por OM 27.10.1995 y afectada por el art. 40 del RDL 6/2000). Ha de tenerse en cuenta, además, la Recomendación de la Comisión de 1 marzo 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas

de créditos vivienda. Esta Recomendación no excluyó la aplicación de la legislación nacional en la materia (en el caso de España, la OM 5.5.1994), aunque invitó a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que la información adicional exigida a nivel interno pueda sumarse a la información exigida en la Recomendación (art. 4 I de la Recomendación). Sin embargo, en España no fue grande el impacto de esta Recomendación comunitaria, pues los contenidos sobre los que debe versar la información son similares a los que preveía la OM 5.5.1994. La entidad debía entregar gratuitamente un folleto informativo con los contenidos del anexo I y del art. 4 (art. 3). La entidad que decidía concertar el préstamo debía realizar una oferta por escrito y firmada por su representante, que debería mantenerse al menos durante 10 días hábiles contados desde su entrega, salvo que mediaran "circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad" (art. 5.1 OM 5.5.1994). Debía contener en todo caso las cláusulas financieras del anexo II y del art. 5.2 (art. 5 OM 5.5.1994), coincidentes con las de la escritura. Entre ellas, los tipos de interés variable debían quedar definidos en la cláusula financiera 3ª bis de la escritura. La OM 5.5.1994 preveía formas concretas, pero se permitía la definición de cualquier otro modo, siempre que resultase claro, concreto y comprensible por el prestatario (cfr. RRDGRN 14.3.2002, RA 6183; 15.3.2002, RA 6184). Si "se pactaban", debían indicarse los límites a la variación del tipo. Además, debía indicarse el índice de referencia conforme al cual variaría el interés.

41. CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, MC., "La doctrina casacional sobre la cláusula suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva". *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, nº 7, 2013. (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.

42. Remitimos para ello al "mapa" de exigencias derivado de en la normativa sectorial contenida en la OM 5.5.1994 y en la vigente EHE 2899/2011 que hemos trazado en el anterior trabajo "La doctrina casacional sobre la cláusula suelo… cit.

43. El Notario advertirá de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto en sus aspectos generales como en los detalles concretos que, en relación con la escritura a autorizar, sean sometidos a su consideración (cfr. art. 23.1 LCGC). Por su parte, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 impone al Notario las siguientes obligaciones: 1) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente, y con la suficiente antelación, la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. 2) En préstamos a interés variable*, comprobar si el cliente ha recibido la información relativa a los tipos de interés (entre otras, instrumentos de cobertura, cláusulas suelo y techo) y advertirle expresamente cuando el tipo de referencia pactado no sea uno de los oficiales (definidos en el art. 27 de la Orden), cuando el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores, cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, advirtiéndole expresamente de los efectos de estas cláusulas*.

44. Complementándolo pero no definiendo el elemento esencial, puesto que la ausencia de la cláusula suelo no determina la nulidad del contrato.

45. La existencia de este anexo prueba por sí sola la imposibilidad de cumplimiento de todos los reproches de falta de transparencia que realiza la STS 9.5.2013. Porque si se quiere evitar que la cláusula quede oculta en una gran cantidad de datos, habrá de proporcionarse en anexo; pero si ello se hace así, la Sentencia achaca entonces que no se destaque de forma suficiente su importancia como "objeto" (sic) del contrato.

46. CARRASCO PERERA, A., en su trabajo "La cláusula suelo de nuevo a las puertas de la casación". (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AGÜERO ORTIZ, Alicia. "Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos" (http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/).
– "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales" (http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp);

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. "*El control de las cláusulas 'abusivas' sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor (Navarra) Thomson - Aranzadi, 2006.
– "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo". Revista CESCO de Derecho del Consumo nº 6, 2013, (Ejemplar dedicado a "práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo"), pp. 98-115.
CARRASCO PERERA, Ángel "La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación". (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/17.pdf). Publicado en Centro de Estudios de Consumo, 3 de marzo de 2014.
CARRASCO PERERA, Ángel, GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen. "¿Hay que "quitar" las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?". (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf, 22.7.2013).
– "La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las 'cláusulas suelo' es inconstitucional". Diario La Ley, nº 8160, 2013.
– "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva". Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.
CARRASCO PERERA, Ángel. y CORDERO LOBATO, Encarna. "El espurio control de transparencia de las condiciones generales de la contratación" (Estudios y consultas). Revista CESCO de Derecho del consumo nº 7, 2013. (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 164-183.
CASTILLA CUBILLAS, Manuel. "Sobre la abusividad de las cláusulas de 'suelo' hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España", Revista Aranzadi Doctrinal, 2011, nº 1 (BIB 2011, 289).
CORDERO LOBATO, Encarna. "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad: (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). Diario La Ley, ISSN 1138-9907, nº 8088, 2013.
– "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)". Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6/2013, (Ejemplar dedicado a "Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo"), pp. 129-133;
– "Utilizar cláusulas suelo no constituye infracción administrativa" (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/ti8ab.pdf, publicado el 8.3.2014).
GARCÍA MONTORO, Lourdes. Nota jurisprudencial: "Contra la sentencia del tribunal supremo sobre cláusulas suelo: Hay que devolver las prestaciones"; (http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf)1;
GIMÉNEZ GLUCK, David. "La suspensión cautelar de la cláusula suelo" Actualidad Jurídica Aranzadi num.880/2014 (parte Comentario). BIB 2014/592.
GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen. "Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013", Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6, pp. 98-115.
HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (https://cesco.revista.uclm.es), núm. 6, (Ejemplar dedicado a: práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo), pp. 134-169.
MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. "De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, De 7 de octubre de 2011)". Revista de Derecho Bancario num.126/2012 (Artículos Doctrinales). pp. 273-299.
MATEOS FERRES, María. "Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013" Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 (parte Comentario); pp. 163-169.
ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. "Control de trasparencia y cláusulas suelo" Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 (parte Comentario).
– "Las cláusulas suelo: el control de trasparencia". Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Vol. 2, 2014 (Volumen II), pp. 2363-2377.
ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
PÉREZ CONESA, Carmen., "Nulidad de la 'cláusula suelo' en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2.
PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco. "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9. *Las cláusulas abusivas por falta de transparencia.* Cizur

Menor (Navarra) Aranzadi, *2004.* "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", InDret, Julio de 2013, p. 5; "La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario: entre la satisfacción y el estupor". El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 38, 2013, pp. 30-35. "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840), p. 81-94 ss.
PLAZA PENADÉS, Javier. "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", Diario La Ley, núm. 8097, LA LEY 3134/2013, p. 3.
PUIG MATEU, Josep. El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2013 parte Comentario; pp. 157-162.
ULMER, Peter; BRANDNER, Erich; HORST-DIETHER, Hensen), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed), Colonia, ed. Otto Schmidt, 2011.

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS
ASSESSMENT OF THE CREDITWORTHINESS IN THE MORTGAGE LENDING

Fernando Zunzunegui

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

ABSTRACT

This article analyzes the obligation to assess the creditworthiness of the client in the mortgage lending. After identifying the applicable regulation, this article studies the content of this obligation as a better alternative to prevent over-indebtedness of households.

The thesis of this article is that the solvency assessment is a standard of conduct which integrates contract which makes access to mortgage credit. His regime is analogous to MiFID test in providing investment services. It is a new duty of care which breach generates liability for damage caused to the client.

KEYWORDS

Assessment of creditworthiness, Over-indebtedness, Responsible Lending, Mortgages, Client Protection

EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Fernando Zunzunegui
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Régimen legal. A. Ley 2/2011. B. Ley 10/2014. C. Orden EHA/2899/2011. D. Circular 5/2012. E. Directiva 2014/17/UE. 3. Naturaleza de la obligación de evaluar la solvencia. 4. Evaluación de la solvencia y libertad de contratación. 5. ámbito subjetivo de la evaluación. 6. la evaluación de la solvencia como una fase preliminar de la contratación. 7. Contenido de la evaluación. 8. Procedimientos de evaluación. 9. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. 10. Reflexión final. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

En un monográfico sobre hipoteca y vivienda no puede faltar un análisis de la obligación de evaluar la solvencia del cliente en la concesión de créditos hipotecarios, la principal medida para prevenir el sobreendeudamiento de las familias que se hipotecan. El art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible hace recaer en el banco concedente del crédito la obligación de evaluar la solvencia del cliente, prohibiendo dar créditos irresponsables. Es un giro copernicano. El foco de atención pasa a la entidad responsable de hacer efectiva la concesión responsable de crédito[1]. Tradicionalmente la protección del cliente se limitaba a la transparencia de las condiciones contractuales. Según esta doctrina con información suficiente el cliente puede superar la asimetría que le separa del banco que ofrece el crédito. En teoría la información convierte al cliente en una persona autónoma y responsable, capaz de tomar sus propias decisiones con conocimiento de causa y asumir los riesgos asociados a las mismas. Ahora, con la nueva obligación de evaluar al cliente, se viene a reconocer la insuficiencia de la transparencia informativa para lograr esos objetivos y la necesidad de evaluar la solvencia del cliente por parte del prestamista profesional[2].

En este artículo se estudia la nueva obligación de evaluar la solvencia desde la perspectiva del servicio de acceso al mercado del crédito, en particular al hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda. Desde esta perspectiva, la obligación de evaluar la solvencia es una obligación legal que se contractualiza y a la que se aplica por analogía el régimen de los test MiFID que rige para los prestadores de servicios de inversión[3]. Este planteamiento es original. La protección tradicional del cliente que contrata un crédito hipotecario se basa en la transparencia. Se informa al cliente de las condiciones en que contrata como mejor forma de proteger al comprador. Recientemente la enfoque cambia hacia la consideración de

la operación desde la perspectiva del servicio de acceso al crédito en una relación propia de la comisión mercantil. El banco debe adecuar la concesión de crédito a las necesidades del cliente. Entre los estudiosos del crédito responsable es una aportación original considerar que la evaluación de la solvencia del cliente responde a los principios y deberes de los test MiFID. Sigue siendo dominante la posición de quienes mantienen que en el sector crediticio no hay motivos para exigir la idoneidad del servicio exigida en el mercado de valores[4].

Lo más frecuente es analizar el crédito hipotecario a partir de la vivienda como derecho constitucional[5]. Desde esta perspectiva es un crédito finalista destinado a facilitar el acceso a la vivienda. Pero el inmueble es también un instrumento de acceso al crédito[6]. La vivienda se ha convertido en un bien financiero. Es la principal garantía sobre la cual gira todo el negocio bancario. Con la hipoteca se adquiere la vivienda, se ahorra para la jubilación y se puede obtener crédito para el consumo. Tener una casa en propiedad es la principal vía de acceso al crédito. Las nuevas modalidades de hipoteca, ya sea ómnibus, recargable, flexible o inversa, sirven a esta finalidad de movilizar la "casa" para obtener crédito[7]. Se utiliza el inmueble como garantía para obtener crédito[8].

La modalidad de financiación más habitual, el crédito hipotecario a tipo de interés variable a largo plazo, es una operación compleja y de riesgo, en la que el "ojo humano" del cliente no ve las implicaciones financieras que sí son analizadas por el "ojo profesional" del prestamista. El cliente, la familia compradora de la casa, confía en la información que recibe del profesional. Es una relación fiduciaria en la que existe una elevada asimetría financiera susceptible de ser aprovechada por el profesional para hacer negocio. Hay un conflicto de interés. El banco debe guiar al cliente en el acceso al crédito y, al mismo tiempo, puede aprovechar la relación de clientela para colocarle un producto propio. Esta posición de ventaja fue utilizada por la banca para para dar crédito hipotecario a las familias sin evaluar con rigor su capacidad de asumir las obligaciones derivadas del contrato, con el resultado de un sobreendeudamiento de los hipotecados[9].

La crisis ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se contrataban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento. Se hacían necesarias medidas adicionales más efectivas[10]. Surge así el principio de crédito responsable según el cual es el profesional concedente del crédito quien debe verificar la adecuación del crédito a la solvencia del cliente[11]. Y la principal medida destinada a garantizar una concesión responsable de crédito es la obligación profesional de evaluar la solvencia del cliente. Vamos a examinar el régimen legal de esta obligación, su naturaleza, el ámbito subjetivo de la evaluación, su inserción en la fase preliminar de la contratación del crédito, para analizar a continuación su contenido, incluyendo los procedimientos de evaluación y las consecuencias del incumplimiento de la evaluación de la solvencia aplicando por analogía la jurisprudencia y doctrina de los test MiFID.

2. RÉGIMEN LEGAL

La obligación de evaluar la solvencia del cliente antes de contratar el crédito hipotecario se recoge en varias normas de distinta procedencia y de diferente rango. Es una obligación recogida en general, para la concesión de todo tipo de créditos, en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible y en el art. 5.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, con previsiones especiales para el crédito hipotecario en su desarrollo reglamentario. Estas normas deberán modificarse para su adaptación a la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que dedica un capítulo a la evaluación de la solvencia. Además, es un prin-

cipio recogido en el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, donde se contempla como un deber de asistencia al cliente[12].

Estamos ante un cúmulo de normas de reciente recepción en Derecho español que dificultan el tratamiento de la materia[13]. Para empezar, no todas las normas definen del mismo modo el crédito responsable y la obligación de evaluar la solvencia. El origen de la obligación de evaluar la solvencia es anglosajón. Hay un problema de definiciones y del uso apropiado de los términos. Para entendernos y hacer más ágil la lectura, vamos a optar por utilizar el término "crédito" para referirnos tanto a los préstamos como a las aperturas de crédito, siguiendo la opción mantenida por el propio legislador[14]. Además ni siquiera hay coherencia respecto a los sujetos obligados y al sujeto destinatario de la protección. Por esta razón nos vamos a referir al "profesional", como entidad obligada, y al "cliente", como sujeto protegido, salvo que la concreción de la norma permita especificar al sujeto con mayor detalle.

La crisis ha puesto de relieve la necesidad de abordar el sobreendeudamiento ocasionado por el oportunismo de la banca en la concesión de crédito[15]. La Directiva 2014/17/UE, menciona como principal problema a abordar con urgencia el de *"la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos"*[16]. Por lo cual: *"Resulta fundamental que la capacidad y proclividad del consumidor de saldar el crédito se evalúe y verifique con anterioridad a la celebración de un contrato de crédito"*[17].

Lo cierto es que la búsqueda de un contrato adecuado en el que el intermediario protege el interés del cliente es una novedad que altera la relación contractual[18]. La contratación del crédito pasa a integrarse en el servicio de acceso al crédito hipotecario. Dada la novedad de la materia, el art. 45 de la Directiva encarga a la Comisión Europea evaluar antes del 21 de marzo de 2019 las medidas adoptadas para prevenir el sobreendeudamiento, incluyendo en el estudio la supervisión de los registros de crédito como herramienta esencial de la evaluación de la solvencia. En este ámbito podrá realizar propuestas legislativas para conseguir un mercado hipotecario más flexible y fiable.

En España, en aras de mejorar la regulación en la protección del cliente bancario y, en particular, del deudor hipotecario, el Gobierno debe remitir a las Cortes Generales antes del 28 de junio de 2015, un proyecto de ley para la incorporación de la Directiva 2014/17/UE, que incluya *"las posibilidades de mejora del actual sistema institucional de protección del cliente"*[19].

Con estas premisas, vamos a describir el marco legal aplicable en un trabajo arduo y de ingrata lectura. El primer problema que aborda el estudioso de la regulación financiera es el de la identificación de las fuentes y del Derecho aplicable. Las fuentes son diversas. Hay que tener en cuenta el Derecho interno y el de la Unión Europea. El desarrollo reglamentario es más intenso y alcanza a las circulares de las autoridades del mercado. También hay que tener en cuenta los criterios técnicos de las autoridades, incluidas las de la Unión Europea. De este modo nos vemos obligados a identificar el Derecho aplicable a la obligación de evaluar la solvencia con carácter previo a cualquier reflexión doctrinal.

A. LEY 2/2011

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introduce, como mecanismo de protección de los usuarios de servicios financieros y con el fin de asegurar la práctica de un crédito responsable, el deber de evaluar la solvencia del prestatario[20]. Este mecanismo se contempla como complementario a la tradicional transparencia informativa. De este modo, la protección del cliente en el mercado del crédito se acerca a la existente en el mercado de valores. Los bancos que conceden crédito deben, al igual que los prestadores de servicios de inversión, conocer al cliente antes de ofrecerle el servicio. De igual modo a lo que

sucede en el mercado de valores, la obligación de información en el mercado del crédito pasa a ser bidireccional[21], la entidad prestadora del servicio de acceso al crédito debe informar al cliente pero también debe informarse del perfil del cliente con el fin de verificar que el producto ofrecido es el adecuado.

A esta previsión se dedica el art. 29 de la Ley, según el cual: *"Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente"*. La Ley exige esta evaluación de la solvencia como condición para conceder crédito a cualquier cliente, a lo que añade una habilitación para desarrollar un régimen de protección especial al consumidor que pretende acceder al crédito. En este sentido, las entidades de crédito *"llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores"*[22]. Dichas "prácticas" se deben recoger en un documento escrito a través del cual se facilite al consumidor información precontractual para que pueda evaluar qué créditos hipotecarios, entre los que ofrezca el banco, *"se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera"*. De la existencia del citado documento se debe dar cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad. Estas prácticas han sido desarrolladas por el Banco de España en la Circular 5/2012, de 27 de junio, que comentamos más adelante.

B. LEY 10/2014

En el apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, ha sido derogado por la disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo contenido, con ligeras modificaciones, ha sido incluido como apartado 2 del art. 5 de la Ley 10/2014[23]. En la nueva redacción la habilitación al ministro para el desarrollo reglamentario se amplía a cualquier cliente, sea o no consumidor[24].

C. ORDEN EHA/2899/2011

Los principios sobre responsabilidad del crédito recogidos en el art. 29.1 de la Ley 2/2011 debían quedar reglamentados por orden ministerial en un plazo de seis meses, según el contenido recogido en el apartado 2 del citado artículo, en la actualidad incorporado en el apartado 2 del art. 5 de la Ley 10/2014. Este mandato fue cumplido por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Según el preámbulo de la citada Orden, la Ley de Economía Sostenible *"ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho. Se trata del fomento de la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley ha establecido no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes (práctica, por otro lado, completamente extendida entre las entidades de crédito españolas), sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos."* Este preámbulo, además de considerar la medida ajena a nuestro Derecho, silencia lo que destaca la Directiva 2014/17/UE como primer problema a resolver, a saber, la irresponsabilidad bancaria en la concesión de crédito que aconseja una evaluación de la solvencia del cliente con anterioridad a la celebración del contrato. Este silencio sobre el problema que motiva el cambio legal dificulta interpretar el alcance y contenido de la evaluación de la solvencia. Conviene partir de la premisa de que la evaluación de la solvencia constituye la principal medida adoptada para hacer frente al comportamiento oportunista de las entidades de crédito que, incentivadas por un ánimo de lucro desmedido, han ofrecido créditos hipotecarios anteponiendo su interés al del cliente. En España, las propuestas de reformas legales y de desarrollos reglamentarios proceden de la Subdirección General de Legislación

y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad, en una actuación coordinada con los técnicos del Banco de España y con la patronal bancaria (AEB), sin que se publiquen las alegaciones que se puedan haber realizado en el periodo de consulta pública[25]. Lo cual propicia que las normas financieras, en el estrecho margen que permiten las normas de la Unión Europea, recojan la visión e intereses de la industria, al margen de la realidad social y del interés de la clientela[26].

D. CIRCULAR 5/2012

La circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, dedica su capítulo V al préstamo responsable con una única norma sobre las *"políticas y procedimientos de préstamo responsable"*, y su Anejo 6 al desarrollo del régimen sobre el crédito responsable contenido en la Ley de economía sostenible y en la Orden EHA/2899/2011. Según su exposición de motivos la Circular *"profundiza en las iniciativas con las que los poderes públicos pretenden promover la concesión responsable de préstamos, tanto mediante el aumento en la información que se debe poner, activamente, a disposición de los potenciales prestatarios, como —en especial— mediante la exigencia a los prestamistas de políticas y procedimientos que favorezcan la prudencia y la atención específica a las necesidades y posibilidades de los clientes"*.

La circular concibe el "préstamo responsable" como una norma de conducta que obliga a las entidades a *"actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo"*. Además hay un deber de aviso cuando el crédito no es adecuado por no responder al objetivo del cliente o a su situación. Es una obligación de diligencia cuyo incumplimiento obliga a indemnizar del daño causado al cliente por haber contratado el crédito sin haber recibido el aviso.

El planteamiento de la Circular es similar al de las normas de conducta del mercado de valores. Del mismo modo que antes de asesorar a un cliente en materia de inversión hay que evaluar su experiencia, situación financiera y objetivos de inversión, en el mercado del crédito, antes de ofrecer la contratación de un préstamo es necesario evaluar la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos del cliente. Del mismo modo que el prestador del servicio de inversión debe advertir de la falta de conveniencia de contratar determinado instrumento financiero, el banco que presta el servicio de acceso al crédito debe avisar al cliente cuando el crédito no es adecuado.

El Anejo de la Circular, dedicado a los principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, es una larga guía de los requisitos que deben cumplir las entidades para que las políticas y procedimientos de préstamo responsable sean efectivas. Esta guía parte de la proporcionalidad que debe existir entre la carga de cumplimiento normativo de la entidad y las características de la operación atendiendo al perfil del cliente al que la oferta se dirige. Principio de proporcionalidad también común con el régimen del mercado de valores[27].

E. DIRECTIVA 2014/17/UE

La Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, traslada al ámbito del crédito hipotecario las obligaciones de concesión responsable de crédito ya recogidas en la Directiva de crédito al consumo, aunque actualizadas atendiendo al marco MiFID de protección al cliente que rige en el mercado de valores[28]. Según esta propuesta las obligaciones de información financiera al cliente se deben corresponder con su nivel de conocimientos y de experiencia en materia de crédito. También se obliga al pres-

tamista a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, atendiendo a sus circunstancias personales y basándose en información suficiente. Y lo más importante desde el punto de vista de protección al cliente, se establece la obligación de abstención de dar crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos[29]. Es decir, prohíbe expresamente la concesión irresponsable de crédito. No hay aquí como en el mercado de valores la posibilidad de intermediar en operaciones no adecuadas al perfil del cliente avisándole de la falta de conveniencia (véase art. 79 bis.7 LMV).

La Directiva 2014/17/UE se refiere a la necesidad de *"garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada"*. Con la concesión de un crédito hipotecario la entidad está creando un producto financiero. Emite un producto financiero que debe someterse a los mismos principios que rigen la emisión y comercialización de instrumentos financieros.

La "evaluación de la solvencia" se define como *"la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito"* (art. 4, punto 17), y debe realizarse antes de conceder el crédito (art. 1). Primero se evalúa, después se concede el crédito.

La Directiva entró en vigor el 28 de febrero de 2014, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, aunque los Estados miembros disponen hasta el 21 de marzo de 2016 para transponer la Directiva al Derecho interno. No obstante, la Directiva 2014/17/UE ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de la obligación de evaluar la solvencia recogida en el Derecho interno desde su publicación, dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de una Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En este sentido, el Tribunal Supremo utiliza las Directivas en plazo de transposición al Derecho interno, como criterios de interpretación de las normas nacionales[30]. Así la ha hecho en relación con la MiFID[31].

3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

Las normas sobre evaluación de la solvencia son normas de conducta[32], que integran junto con las normas prudenciales el estatuto de las entidades de crédito. De tal modo que para la *"evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica"*[33]. Se utiliza la forma de regular la prestación de servicios de inversión, en la que las normas de conducta del título VII de la LMV constituyen el complemento natural de las normas prudenciales sobre organización interna de las entidades recogidas en el Título V de la citada Ley. En este sentido, la solvencia de la entidad de crédito, protegida por las normas prudenciales sobre gestión de riesgos y control interno, se complementa con las normas de conducta sobre evaluación de la solvencia del cliente.

La cuestión está en determinar la función que cumplen las normas de conducta del prestador del servicio de crédito y su naturaleza jurídica. Al igual que ocurre con los test MiFID en el mercado de valores, la evaluación de la solvencia del cliente es una cuestión de orden público. El crédito emitido de forma irresponsable es una de las principales causas de la crisis actual[34]. Lo dice el preámbulo de la Directiva 2014/17/UE, con estas palabras: *"La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos*

los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas." Como consecuencia de estas malas prácticas, tras el informe técnico del Consejo de Estabilidad Financiera[35], se concluye que *"es conveniente garantizar que el marco regulador de la Unión en este ámbito sea sólido, coherente con los principios internacionales y haga un uso adecuado de la gama de instrumentos disponibles, que pueden incluir la utilización de los coeficientes préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos y coeficientes similares, unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito"*. No estamos ante una mera declaración de principios, sino ante una medida concreta, precisada en sus aspectos técnicos en la Circular del Banco de España.

4. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

En el preámbulo de la Directiva 2014/17/UE se considera que: *"el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito."* Lo cual quiere decir que no hay un derecho al crédito hipotecario cuando se supera la evaluación de la solvencia[36]. Ni siquiera existe un derecho a un crédito básico similar al derecho a una cuenta corriente básica[37]. La concesión de crédito hipotecario es una actividad sometida al principio de libertad de contratación.

El inciso final del apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, decía: *"Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela."* Este inciso, como parte del apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011, ha sido expresamente derogado por la Disposición derogatoria de la Ley 10/2014, aunque por error se incluya en el texto consolidado de la Ley de economía sostenible del BOE. En el vigente art. 5 de la Ley 10/2014, hay una mención al "sin perjuicio de la libertad contractual", aunque con un alcance limitado pues se incluye en un párrafo referido a la publicación por el Banco de España de índices o tipos de referencia.

Esta derogación es importante pues dificulta la posibilidad de interpretar que la obligación de evaluar al cliente no tiene efectos contractuales. Dicha interpretación, común en los abogados de la industria y en algún académico, carece de soporte legal tras la derogación completa del apartado 2 del art. 29 de la Ley 2/2011[38].

No obstante, el último apartado del art. 18 de la Orden EHA/2899/2011 dice que: *"La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes."* Aunque este precepto, como hemos visto, ha perdido su soporte legal, conviene analizarlo dado que es una cláusula de estilo recogida en distintas normas financieras[39]. A su vez, la Circular del Banco de España 5/2012 reitera que la concesión responsable de créditos debe entenderse *"sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido"*.

Lo anterior es perfectamente compatible con la limitación de la concesión irresponsable de créditos hipotecarios por razones de orden público, en protección de la estabilidad bancaria y de la confianza de los clientes en el sistema financiero. Que el banco sea libre de con-

tratar o no con un cliente que ha superado la evaluación de solvencia no significa que el banco pueda dar crédito a quien no ha superado la evaluación, pues al tratarse de una cuestión de orden público, tiene prohibido conceder el crédito. Se aplica la misma solución que en el mercado de valores cuando la recomendación es incompatible con el test de idoneidad. En ese caso la Ley prohíbe prestar el servicio[40].

De hecho, el contenido del test de solvencia se parece al contenido del test de idoneidad del mercado de valores. Hay que evaluar tanto los conocimientos y experiencia del cliente, como su situación financiera y objetivos[41].

En el mercado de crédito hipotecario, hay razones contrastadas en la reciente crisis financiera para limitar la contratación no razonable de préstamos hipotecarios. Es una cuestión de orden público económico que limita la libertad de contratación. En este sentido, la referencia a que las obligaciones que impone la evaluación de la solvencia se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación, no significa que dicha obligación carezca de efectos contractuales.

La evaluación de la solvencia se concibe en el preámbulo de la Orden EHA/2899/2011 como la medida esencial para aplicar el principio legal del préstamo responsable, un principio consagrado en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado[42]. De lo cual se desprende que se trata de una norma imperativa que forma parte del orden público.

Del mismo modo que los clientes responden del cumplimiento de sus obligaciones también las entidades de crédito responden de las suyas, entre las que destaca la obligación de evaluar al cliente, lo cual conlleva el deber de abstenerse de ofrecer créditos no adecuados. En cualquier caso, como cierre del sistema legal, la entidad respondería de no haber avisado al cliente de una oferta contraria a sus necesidades o a su capacidad de hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato.

5. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EVALUACIÓN

En la obligación de evaluar la solvencia hay dos sujetos, el obligado a realizar la evaluación y la persona que es evaluada.

La evaluación de la solvencia es una obligación de quién comercializa el crédito hipotecario. Es esta una actividad profesional reservada a determinadas entidades financieras. Los créditos los pueden comercializar directamente las entidades de crédito que los emiten o indirectamente a través de empresas de crédito. Pero lo cierto es que no está unificada la normativa de los prestadores profesionales de crédito. Las entidades de crédito disponen de un régimen más completo y desarrollado. Las empresas de crédito tienen su propia Ley, que se debe integrar con algunas normas procedentes del régimen general[43].

Respecto a la persona que es evaluada, la Ley 2/2011 se refiere a la obligación de evaluar al "potencial prestatario", la Orden a "evaluar la capacidad del cliente", y la Directiva a la "solvencia del consumidor". Hay pues diferencias en cuanto al sujeto de la evaluación.

El prestatario comprende a todos los clientes, que podrán ser o no consumidores. La Orden se dirige a la *"protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios."* Protege a los clientes personas físicas, sean o no consumidores, y dice hacerlo a través de la transparencia, cuando lo cierto es que va más allá al incluir en el art. 18 la obligación de evaluación de la solvencia. Al igual que la Orden ministerial, la Circular circunscribe la protección a los clientes que son personas físicas. En la Directiva el ámbito subjetivo se circunscribe al consumidor persona física que, en las operaciones de crédito hipotecario, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

6. LA EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA COMO UNA FASE PRELIMINAR DE LA CONTRATACIÓN

Al hablar de "potencial" prestatario la Ley 2/2011 indica que la evaluación debe realizarse antes de contratar el crédito en la fase preliminar de la contratación.

Partiendo del supuesto de que la comercialización es directa por el emisor del crédito hipotecario, estamos ante una actividad financiera que pasa por distintas fases. La operación con un determinado cliente consiste en la prestación de un servicio en dos fases, una preliminar en la que se evalúa al cliente y se le informa del contenido del producto, y otra de contratación del crédito, en la que se firma la escritura.

En este lugar vamos a detenernos en la fase preliminar de la comercialización del crédito hipotecario en la que el oferente tiene la obligación de evaluar la solvencia del cliente. Esta obligación tiene lugar en el marco de la prestación del servicio de acceso al crédito que proporciona la entidad al cliente y no se confunde con determinadas obligaciones precontractuales que asume la entidad de crédito como la divulgación de las políticas y procedimientos relativos a la comercialización de créditos hipotecarios.

7. CONTENIDO DE LA EVALUACIÓN

La consideración simple del contrato de crédito hipotecario, como una relación entre acreedor y deudor, lleva a centrarse en el valor de la garantía como principal elemento para la decidir sobre la concesión del crédito. Pero siendo importante el valor del inmueble para determinar la cuantía del préstamo, la concesión de un crédito hipotecario, como servicio financiero, requiere evaluar la solvencia del cliente. En los créditos con garantía real, como los hipotecarios, la evaluación debe fundamentarse en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a sus obligaciones y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía. Como dice el preámbulo de la Directiva *"la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito"* (§ 55 del preámbulo)., aspecto mencionado en el articulado de la Directiva. En este sentido el art. 18.3 indica: "*La evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial que exceda del importe del crédito o en la hipótesis de que el valor de dicho bien inmueble aumentará, a menos que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación del bien inmueble de uso residencial.*" A su vez, la Orden vela por *"la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración."*

El art. 28 de la Directiva recoge la obligación de evaluar la solvencia del consumidor en el marco de una relación contractual. Forma parte del servicio de acceso al crédito adecuado que presta la entidad al cliente. El hecho de que deba ser anterior a la celebración del contrato de crédito no excluye que sea una obligación contractual[44]. Pero el régimen legal no exige todavía la suscripción de un contrato marco similar al que se requiere para prestar servicios de pago o servicios de inversión[45].

Según este régimen, la evaluación de la solvencia deber ser profunda y completa. Su objetivo es verificar que el cliente puede cumplir las obligaciones que asume al contratar el crédito. Tanto la Ley como la Orden requieren que la evaluación tenga lugar *"sobre la base de información suficiente"*, frente a la Directiva que exige una *"evaluación en profundidad"*.

La entidad tiene la obligación precontractual de especificar y poner en conocimiento de la clientela la información que el consumidor

debe facilitarle para evaluar su solvencia y los plazos para suministrarla. Puede y debe requerir la información necesaria para cumplir con la finalidad perseguida. En este sentido la entidad sólo puede requerir la información necesaria para la realización de una evaluación adecuada de la solvencia del consumidor[46]. Además el prestamista deberá informar al consumidor de su intención de consultar bases de datos[47].

Partiendo del requisito de que el inmueble que sirve de garantía supere el importe del crédito, la evaluación de la solvencia debe basarse según la Directiva en la información relativa a los ingresos y gastos del consumidor, así como sobre *"otras circunstancias financieras y económicas del consumidor"*. La información puede provenir tanto de la propia entidad que emite o comercializa el crédito como del propio cliente[48].

Sobre las fuentes de la información, la Ley alude a *"la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros"*, la Orden a la *"facilitada por el propio cliente"*, aunque luego se refiere a que los procedimientos internos deben contemplar la consulta al historial crediticio del cliente (CIRBE y otros ficheros de solvencia), y la Directiva menciona la revelación de información de *"fuentes internas o externas pertinentes, incluido el consumidor"*.

La Orden desarrolla los procedimientos internos para evaluar la solvencia del cliente que deberán contemplar la situación personal (empleo), patrimonial (ahorros y otros activos) y financiera (ingresos presentes y futuros, deudas, gastos fijos, garantes) del cliente. Estos datos deben ser verificados con la correspondiente documentación.

Cuando el cliente no supere la evaluación de solvencia la entidad le informará sin demora del resultado que le impide ofrecer el producto[49]. Cuando la denegación sea consecuencia de la consulta a una base de datos le informará con detalle de esta circunstancia.

8. PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN

Para comercializar créditos la entidad de crédito debe contar con procedimientos que garanticen la evaluación de la solvencia del cliente y poner a disposición de la clientela determinadas informaciones de carácter contractual, antes de formalizar la contratación del producto. Estos procedimientos forman parte de la organización interna de la entidad[50]. Consisten en políticas y procedimientos encaminados a la correcta prestación del servicio. El personal de las entidades debe tener competencia para realizar la evaluación y conocimientos del proceso de evaluación[51]. Son políticas y procedimientos similares a los que rigen en el mercado de valores para la prestación de servicios de inversión[52].

Según desarrolla la Circular, las entidades de crédito españolas que pretendan conceder créditos a su clientela deben contar con políticas y procedimientos de comercialización para garantizar una conducta responsable que deben ser aprobados por el consejo de administración, quien debe velar por su aplicación efectiva. Para lo cual es esencial que sean comprensibles por los clientes, quienes tienen derecho a conocer qué informaciones deben suministrar a las entidades para poder acceder a un crédito responsable. Con este objetivo el cliente interesado en la oferta del banco debe suministrar una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus necesidades crediticias. Tras recibir las informaciones del cliente y evaluar su solvencia, la entidad podrá ofrecer dentro del catálogo de sus productos aquellos que se adecuen a lo solicitado y al perfil del cliente, de tal modo que permita al cliente *"la necesaria reflexión, comparación y adopción de una decisión fundada, racional y prudente"*. De hecho, es la entidad quien debe ofrecer al cliente las bases de una decisión racional, dado que debe abstenerse de ofrecer créditos no racionales o imprudentes. El principio de concesión responsable de créditos provoca de forma natural un endeudamiento

responsable. La decisión del cliente está mediatizada por la evaluación de la solvencia que delimita la oferta del crédito[53]. El cliente sólo puede decidir sobre ofertas de créditos responsables adecuados a su solvencia. Si este filtro funciona decaen las advertencias de riesgo de sobreendeudamiento. Dejan de ser necesarias cuando la oferta se reduce a los productos adecuados para el cliente.

Según dispone el art. 7.3 de la Directiva, las políticas de remuneración de las personas responsables de la evaluación de la solvencia, entre otros requisitos, *"no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel de riesgo tolerado por el prestamista"* e *"incorporará medidas para evitar los conflictos de interés, en particular estableciendo que la remuneración no dependa de la cantidad o de la proporción de solicitudes aceptadas"*, aspecto también contemplado en la Circular del Banco de España[54]. Estas políticas de remuneraciones responden a principios similares a los que rigen en la prestación de servicios de inversión[55],

El Anejo de la Circular se ocupa tanto de las obligaciones de información como de la evaluación de la solvencia del cliente. En la evaluación se debe atender a la capacidad del cliente para cumplir sus obligaciones atendiendo a sus fuentes de renta habituales. Los planes de pago debe ser realistas y los planes de amortización deben atender a la renta recurrente disponible del cliente, sin *"suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario* [sic]". La natural prudencia en la relación que debe existir entre el importe del crédito y la garantía *"en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor"*. Se deben evitar técnicas de venta de créditos que resulten inútiles, es decir que carezcan de utilidad atendiendo a las necesidades del cliente[56]. A su vez, la entidad debe definir las responsabilidades de los órganos y personas encargadas de velar por la oferta y concesión de créditos responsables. También debe determinar los requisitos de los estudios y análisis de las operaciones y la documentación necesaria para la concesión del crédito responsable, entre la que se debe incluir la *"información económico-financiera que permita analizar la solvencia y capacidad de pago de los clientes y garantes"*.

9. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

La evaluación del cliente es un requisito de orden público necesario para dar crédito hipotecario. De tal forma que ante una evaluación negativa o falta de información la entidad está obligada a abstenerse de dar crédito[57]. El prestamista solo puede poner *"el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato"*[58]. Es decir, ante una evaluación negativa la entidad debe abstenerse de concertar el crédito.

En este sentido, según dispone el art. 20.4 de la Directiva, cuando la entidad no pueda llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información debe advertir al cliente de que en esas circunstancias no puede conceder el crédito. Luego tampoco podrá conceder el crédito cuando no pueda verificar la información suministrada. Según dice el preámbulo de la Directiva: *"La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia"* (§ 57).

Este régimen se asemeja al que existe en el mercado de valores para el test de idoneidad, según el cual: *"Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente"* (art. 79 bis.6 LMV). En estos casos, de celebrarse el contrato sería contrario a una norma imperativa prohibitiva (art. 6.3 del Código civil)[59].

Cuestión distinta es determinar cuáles son los efectos de esa contravención y quién puede hacerlos efectivos. Es una nulidad de protección que sólo puede ser alegada por el cliente sin que sea necesario que sobrevenga la insolvencia del cliente para poder alegar la nulidad.

El contrato también puede ser anulado por falta de evaluación pues constituye un elemento informativo esencial para la decisión del cliente. La falta de evaluación "no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"[60].

El incumplimiento de la obligación de evaluar al cliente constituye a efectos disciplinarios una infracción grave[61]. Pero también tiene efectos civiles de carácter contractual. La evaluación es una obligación contractual que recae sobre las entidades que ofrezcan el acceso al crédito hipotecario. Esta obligación se desprende de la oferta del servicio y de las condiciones generales que deben recoger el contenido de la evaluación. La entidad no puede *"rescindir el contrato de crédito debido a que la información facilitada por el consumidor antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta"*[62]. Es el profesional quien debe velar por la correcta evaluación del cliente y no debe concertar el crédito cuando la información suministrada por el cliente no es completa. Es cierto que nuestra legislación regula la evaluación de la solvencia pero sin aclarar lo que acontece cuando se concede un préstamo tras la evaluación negativa[63], pero eso sucede también en la evaluación del cliente en el mercado de valores y la jurisprudencia ha sabido encontrar el cauce para hacer responsable a la entidad incumplidora. Según dice la STS 244/2013: *"Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica."* Al aplicar esta doctrina a la oferta de préstamos hipotecarios resulta que la información recibida del cliente sobre la evaluación de la solvencia desempeña una función integradora del contrato, haciendo la función de instrucciones a la entidad para el desarrollo de la contratación. Luego, en aplicación por analogía de esta doctrina del Tribunal Supremo, la evaluación de la solvencia es un elemento esencial de la contratación de préstamos hipotecarios emitidos por entidades de crédito que integra la diligencia debida por el profesional en la oferta y contratación de préstamos hipotecarios. Según sigue diciendo la STS 244/2013: *"Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida"*.

Por el contario cuando el cliente proporcione una información errónea o falsa la entidad no asume responsabilidad[64], salvo que conozca dicha circunstancia.

No basta con el aviso del riesgo de contratar un crédito hipotecario en contra de la evaluación de la solvencia o cuando dicha evaluación no se ha realizado. Esta solución resultaría semejante a la que existe en el mercado de valores para el test de conveniencia[65].

La incoherencia entre el perfil del cliente y la oferta constituye un *"incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes"*. Doctrina de la STS 244/2013 aplicable al mercado del crédito hipotecario, de tal modo que el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del cliente y abstenerse de ofrecerle productos incoherentes a su perfil constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos.

10. REFLEXIÓN FINAL

Las crisis son ricas en experiencias y nos permiten avanzar en el conocimiento. Ahora sabemos que la transparencia informativa puede ser el mejor desinfectante, pero no permite a los clientes adoptar decisiones racionales sobre productos complejos como el crédito hipotecario. Hace falta poner freno al oportunismo de la banca con medidas efectivas como la obligación de evaluar la solvencia del cliente. Esta medida no es paternalista. Es una medida que favorece la contratación en el mercado del crédito. La vuelta a la racionalidad en la concesión de crédito, permitirá recobrar la confianza en los bancos[66]. Es una medida que fortalece la solvencia de la entidad prestamista y protege el interés del cliente y que afecta a la relación contractual. Necesitamos un contrato adecuado a la medida de las necesidades del cliente. La valuación de la solvencia es la piedra angular sobre la cual se puede construir.

La obligación de evaluación de la solvencia es una norma de conducta cuyo objetivo es conocer al cliente para ofrecerle el producto más adecuado. Es una evaluación que se asemeja al test de idoneidad del mercado de valores. De tal modo que la prestación del servicio de acceso al crédito se condiciona a la superación de la evaluación. Sin evaluación no se puede dar crédito. Tampoco se puede ofrecer crédito a quien carece de la solvencia necesaria para cumplir con sus obligaciones.

La sanción al incumplimiento del deber de evaluar al cliente será la que corresponda en el régimen sancionador del mercado del crédito. Pero además este incumplimiento tiene efectos contractuales del mismo modo que el incumplimiento de las normas de conducta derivadas de la MiFID genera la responsabilidad del prestador del servicio de inversión. La solución puede ser la nulidad por contrariar normas de orden público, pero también puede haber consecuencias indemnizatorias. La responsabilidad de haber concedido crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaría es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión irracional de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar crédito a quien no supera la evaluación de solvencia.

NOTAS

1. Como dice Matilde Cuena Casas, el riesgo asumido por la entidad crediticia estará en función de su grado de diligencia a la hora de conceder crédito, en "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 20, 2014, pp. 161-185 (*passim.*).

2. Como dice Iain Ramsay: *"Given the limits of consumer decision-making, the concept of responsible lending may justified as a response to the limits of information disclosure to consumers as a technique for avoiding over-indebtedness"*, en "From Truth in Lending to Responsible Lending", G. Howells, A. Janssen & R. Schulze, *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, p. 11.

3. Véase art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID).

4. Así, Aurelio Mirone considera que en el sector del crédito el consumidor no requiere consejo sino la concesión de un producto bien determinado (el dinero), así como información sobre el coste de la operación, en la que la banca tiene un incentivo natural para verificar el mérito crediticio dado que la insolvencia del cliente se resuelve en un daño para el financiador; lo cual confirma que las normas de evaluación de la solvencia se sitúan en el plano de la vigilancia, sin relevancia en la plano intersubjetivo (en "L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi:

istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto", *Banca Borsa Titoli di credito*, n. 5/10, pp. 592-593).

5. La Constitución española proclama, como principio rector de la política social y económica, el derecho a una vivienda digna y adecuada. Según dice el art. 47 de la Constitución: *"Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación"*. Es un derecho social imprescindible para desarrollar otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE) y, en suma, el derecho a la libertad (art. 16 CE). Véase Gerardo Pisarello, "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 38, 2009. Es un derecho social, que según los límites a su exigibilidad establecidos por el art. 53.3 de la CE, sólo puede ser alegado ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Y las leyes que desarrollan este precepto no reconocen el derecho a exigir a la Administración una vivienda digna y adecuada. La regulación del mercado hipotecario debe respetar el derecho a una vivienda digna y al ejercicio de los derechos constitucionales vinculados. La protección de estos derechos debe ser tenida en cuenta al interpretar las normas sobre concesión y ejecución de las hipotecas.

6. Chiara Agabitini, "Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa'", *Rivista critica del diritto privato*, 2011, vol. 29-1, p. 63.

7. Véase Chiara Agabitini, ob. cit., pp. 61-66; José Martínez Carrascosa, "Mercado Hipotecario: Nuevos retos, Nuevas soluciones", *Escritura Pública*, nº 53, 2008, pp. 6-13, dando la bienvenida a la flexibilidad que introducía la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

8. Desde la Asociación Hipotecaria Española se incentivó el endeudamiento familiar a través de las hipotecas, que no sólo se debían destinar a la adquisición de vivienda, pues en su opinión: "*En las economías modernas ya no se puede sostener que la vivienda sea exclusivamente un simple inmovilizado en el balance patrimonial de los hogares. Al contrario, cada vez más es un valor que, sin perder su finalidad de uso habitacional, se puede movilizar con un coste razonable para atender otras necesidades financieras*" (AHE, "¿Es sostenible un crecimiento anual del crédito hipotecario a tasas del 20%?", 27 de noviembre de 2003).

9. La compra de la vivienda constituye la principal decisión de inversión de las familias (véase el *Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea,* Bruselas, 18 diciembre 2007 [COM (2007) 807 final], p. 2.) siendo habitual la compra a crédito con la garantía de la propia vivienda. En aplicación de las buenas prácticas financieras la capacidad de reembolso del crédito debe limitar el grado de endeudamiento. Sin embargo, a mediados de la pasada década, favorecidos por los bajos tipos de interés, las entidades de crédito se dedicaron a dar crédito hipotecario de forma imprudente sin verificar la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones de pago, según el citado Libro Blanco de la Comisión Europea, la "concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo"). Dieron hipotecas para empaquetarlas y venderlas en el mercado convirtiendo la titulización hipotecaria en una de sus principales formas de financiación. Sobre las malas prácticas bancarias en la titulización hipotecaria véase Sergio Nasarre Aznar, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2011, vol. 9, pp. 50-55. Estas prácticas han propiciado el sobreendeudamiento de las familias. Ante las noticias de los incumplimientos de los deudores hipotecarios, los titulares de los bonos de titulización se cuestionan su verdadero valor, dando lugar a una huida hacia la liquidez. A finales del verano de 2007 todos querían desprenderse de este tipo de bonos. De ser una buena inversión se habían convertido en productos de alto riesgo. Este es el origen de la denominada "crisis subprime", que bloquea el sistema financiero y afecta a la economía en su conjunto.

10. Esta obligación de conocer al cliente para ofrecerle el producto adecuado se contempla como complementaria a las obligaciones de transparencia recogidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo, y a las previstas en el art. 5.1 de la Ley 10/2014.

11. De tradición anglosajona, la primera mención que localizamos al crédito responsable se recoge en el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 87/102/ECC, sobre el crédito al consumo, según el cual: *"Professionals must identify the optimum type and amount of credit taking into account the consumer's financial circumstances at the*

time the agreement is concluded. On the basis of this information the creditor may only make an offer in respect of which he is reasonably sure that the consumer will be able to meet the obliagations arising from the agreement" [COM (95) 117 Final, p. 52].

12. Véase el apartado III del preámbulo de la Ley 16/2011.

13. Emilio Díaz Ruiz se queja de este cúmulo de normas, no siempre coordinadas entre sí, con preceptos repetidos, que dificulta la carga de cumplimiento normativo, en "Crédito bancario responsable", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario-2011, p. 226; también critican esta complejidad Luis de la Peña y Juan López-Frías, ob. cit., p. 78.

14. Así, la Ley define al profesional como "entidad de crédito", aunque se dediquen tanto a la concesión de préstamos como a abrir créditos (art. 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). A su vez, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, también regula los préstamos al consumo, y en este sentido dice en su art. 1 que: *"Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito"*. Simplificación que no siempre mantiene, como se deduce de la lectura del título de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

15. En este contexto, dice Matilde Cuena Casas, hablar de préstamo responsable *"resulta esencial como mecanismo de prevención del sobreendeudamiento privado y garantía de la estabilidad del sistema financiero"*, ob. cit., p. 2 de la versión online.

16. § 4 del preámbulo.

17. § 55 del preámbulo.

18. Roberto Natoli justifica un contrato adecuado, de colaboración entre el banco y el cliente, en la concesión de crédito a las familias por tratarse de *credence goods*, al igual que los productos de inversión, en un contrato, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione,* Il diritto della banca e borsa, Studi, Milano, 2012, *passim*.

19. Según la Disposición adicional vigésima, sobre propuestas en materia de protección al cliente, de la Ley 10/2014. A su vez, la disposición adicional de Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, dio al gobierno un plazo de seis meses para remitir a las Cortes Generales un informe sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca, sin que hasta la fecha se haya cumplido este mandato.

20. Véase el apartado III de su preámbulo.

21. Roberto Natoli, ob. cit., p. 70.

22. Este régimen especial de protección al consumidor se concretaba en apartado 2, letra a), del art. 2, según la cual dicho régimen debería incluir prácticas que favorezcan: 1.º Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; 2.º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; 3.º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; 4.º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; 5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor; 6.º El respeto de las normas de protección de datos. Pero estas previsiones del número 2 del art. 29 han sido derogadas por el apartado 2 por la disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que no aborda el crédito responsable. Esta Ley sólo dedica el art. 5 a la protección del cliente.

23. El art. 5.2, primer párrafo, de la Ley 10/2014, dice:
"*En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:*
a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.
c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.
d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.
e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.
f) El respeto de las normas de protección de datos".

24. No obstante, debe considerarse que la previsión del apartado 1 del art. 29 de la Ley 2/2011, de que *"de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores"*, queda integrada por la letra a) del apartado 2 del art. 5 de la 10/2014. En este sentido, el ministro queda habilitado para dictar normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de crédito, incluyendo prácticas que favorezcan, entre otras exigencias, la adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo, y la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante, con respeto de las normas de protección de datos.

25. La relación entre el Banco de España y la AEB es muy fluida, como lo demuestra el hecho de que los dos últimos presidentes de la AEB hayan sido con antelación directores generales del Banco de España. A su vez, la Subdirección General de Legislación y Política Financiera y el Banco de España comparten el mismo inmueble.

26. Véase el seminal Informe del Defensor del Pueblo *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, enero de 2012 (elaborado a partir del Informe del autor sobre Prácticas hipotecarias de las entidades bancarias de 1 de noviembre de 2011, publicado en "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 129, 2013, pp. 35-76).

27. Véase arts. 28 al 30 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

28. La Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como MiFID II, amplía los productos cuya comercialización se somete a la evaluación previa del cliente, incluyendo los depósitos estructurados (véase § 39 del preámbulo). De este modo zanja la polémica sobre si estos productos eran bancarios, sometidos a la supervisión del Banco de España o de inversión, bajo control de la CNMV (véase Emilio Díaz Ruiz y Salvador Ruiz Bachs, "El depósito bancario estructurado", *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 89, 2003, pp. 9-56). En una muestra más de la convergencia regulatoria entre el mercado de valores y el mercado de del crédito. También se intentó por parte de la industria dejar fuera de la normativa del mercado de valores los swaps incluidos en los créditos hipotecarios [véase Emilio Díaz Ruiz y Julio Iglesias Rodríguez, "A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 124, 2011, pp. 213-246; comentado en Fernando Zunzunegui, "Negociación de Swaps por cuenta propia", en Zunzunegui, F. (coord.), *Derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2012, pp. 653-684].

29. En este mismo sentido, véase Luis de la Peña y Juan López-Frías, ob. cit., p. 63, aunque no creen apropiado en estos casos abrir la puerta a una resolución judicial (p. 77).

30. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,

31. STS, Pleno, Sala de lo Civil, Madrid, 244/2013, de 18 de abril de 2013, ponente Rafael Sarazá Jimena, con cita de otras anteriores.

32. Así lo calificaba, como *"standards of behavior"*, el Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva 87/102/ECC, sobre el crédito al consumo [COM (95) 117 Final, p. 52]. En contra, Luis de la Peña y Juan López-Frías, ob. cit., p. 64, quienes consideran que la obligación de evaluar la solvencia es una norma prudencial que pretende evitar los conflictos de interés.

33. Art. 29.1, segundo, Ley 2/2011.

34. Véase Juana Pulgar, "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario", *Revista de derecho mercantil*, nº 291, 2014, p. 208.

35. Financial Stability Board, *FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*, Basel, 2012.

36. Véase Aurelio Mirone, ob. cit., pp. 591-592, quien excluye la responsabilidad de la entidad por ruptura no motivada.

37. Consagrado en la Directiva 2014/92/UE, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas. Véase del autor: "Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básico", en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, editado por Artarteko, Bilbao, 2013, pp. 31-47.

38. Véase Emilio Díaz Ruiz, "Crédito bancario responsable", ob. cit., p. 227-228; Luis de la Peña y Juan López-Frías, ob. cit., p. 63-65.

39. Véase el preámbulo de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; art. 65 ter Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

40. Art. 79.bis.6 LMV. En el mercado de valores, el test de idoneidad se reserva para el asesoramiento de inversiones o para la gestión de carteras. Son contratos en los que prima la relación fiduciaria y hay mayor posibilidad de que el profesional abuse de forma oportunista de su posición. En protección de la confianza y para hacer frente a la vulnerabilidad del cliente se prohíbe contratar cuando el producto no es idóneo o no ha sido posible realizar el test de idoneidad.

41. Va más allá del test de conveniencia, en el que sólo se evalúan los conocimientos y experiencia del cliente. Estos test que se aplican a los servicios de inversión han sido analizados por la jurisprudencia en los siguientes términos: *"La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia —que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008—, de la finalidad del test de idoneidad —que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada—, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008."* (STS 387/2014).

42. Según dice el preámbulo de la Orden la norma desarrolla el principio general previsto en la Ley de Economía Sostenible *"en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones. A estos efectos, se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito a la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes."*

43. Además de las entidades de crédito también pueden dedicarse a la comercialización concesión de créditos hipotecarios las denominadas "empresas de crédito", que se rigen por la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Es una ley que consolida la actividad profesional de los prestamistas privados y ofrece un nuevo marco de transparencia a las empresas de crédito. Es una ley que acerca pero no iguala el estatuto de estos intermediarios al de las entidades bancarias. Se crean así dos niveles de protección, el de los clientes que contratan con una empresa de crédito y los que lo hacen con una entidad bancaria. No se someten a la obligación de evaluar la solvencia en los mismos términos que las entidades de crédito. Tan solo las empresas de crédito "independientes" están obligadas a *"seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado los que mejor se adapten a las características que el consumidor les haya manifestado, presentándoles, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor."* (art. 22.4 Ley 2/2009).

44. El preámbulo de la Directiva indica que la evaluación de la solvencia *"debe centrarse en la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito" (§ 55). Y añade: "debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembol-*

sar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio" (§ 55).

45. Véase Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y art. 79 ter Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

46. Art. 20.3 de la Directiva 2014/17/UE. Matilde Cuena destaca que el límite de legislación de protección de datos personales para el acceso a la información del consumidor contenido en los ficheros públicos y privados "*pone serios obstáculos al acceso de dicha información, supeditada al consentimiento del consumidor*". Esta autora propone la modificación de la legislación de protección de datos "*no exigiéndose el consentimiento del interesado para que se comparta su información crediticia positiva y negativa, garantizándose la privacidad del ciudadano mediante un adecuado control de acceso a tal información y con deberes de notificación al consumidor, tal y como acontece en la actualidad para la CIRBE en el art. 61 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre*", ob. cit., p. 14-15 de la versión online.

47. Art. 18.5, letra b) de la Directiva, de conformidad con el art. 10 de la Directiva 95/46/CE.

48. Dicha información debe incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, según dice el art. 29 Ley 2/2011, y reitera el art. 14 Ley 16/2011.

49. Véase art. 19.5, letra c), de la Directiva.

50. Véase art. 18.2 de la Orden EHA/2899/2011.

51. Anexo III, punto 2, letra h), de la Directiva 2014/17/UE.

52. Véase art. 70 ter LMV.

53. Según Matilde Cuena:"*El prestamista debe realizar un juicio de previsibilidad dejando un margen de maniobra al deudor para que pueda asumir situaciones que no puede controlar.*", ob. cit., p. 3 de la versión online.

54. Véase Anejo 6, punto 4, párrafo segundo.

55. Véase el art. 70 ter.Dos LMV. Principios que han adquirido mayor relieve en la a Directiva 2014/65/UE, conocida como MiFID II, cuyo art. 9.3 c) exige aprobar una "*política de remuneraciones de las personas involucradas en la prestación de servicios a clientes orientada a incentivar una conducta empresarial responsable, un trato justo de los clientes y la evitación de conflictos de intereses en las relaciones con los mismos*".

56. También en este aspecto se aplican soluciones recogidas en MiFID II, cuyo art. 16.3 obliga al prestador de servicios de inversión a evaluar que el instrumento financiero responda a las necesidades de los clientes a los que se destina y que las estrategias de distribución sean las adecuadas.

57. En contra Matilde Cuena para quien: "*El concepto de préstamo responsable obviamente no puede implicar un 'derecho al crédito' si la evaluación de la solvencia es positiva, ni un impedimento al mismo si el informe es negativo. El riesgo connatural al negocio bancario no puede ser evitado en todo caso*", ob. cit. No obstante propone la "pérdida del derecho a cobrar intereses remuneratorios y moratorios y la subordinación de su crédito en el eventual procedimiento concursal en el que se vea inmerso el consumidor, parecen sanciones razonables en el marco de los contratos de crédito al consumo, que han sido ya establecidas en otros ordenamientos como Francia o Suiza", en "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del Siglo XXI*, nº 57, septiembre-octubre de 2014, p. 3, disponible en: http://www.elnotario.es.

58. Art. 18.3, letra a) de la Directiva 2014/17/UE.

59. Se trata de que declarar la nulidad del contrato por incumplimiento de una norma imperativa de la ordenación y disciplina del mercado del crédito, de tal gravedad y relevancia que anula el contrato, de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase las sentencias del caso Ruralcaja: STS 834/2009 de 22 de diciembre de 2009 y STS 375/2010 de 17 de junio de 2010. En la primera de ellas se dice que "*esta Sala, en aplicación del artículo 6.3*

CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia e invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2.007)".

60. STS 840/2013, en un caso de falta de test de conveniencia en la comercialización de un swap, criterio también acogido por las SSTS 384/2014, 385/2014 y 387/2014.

61. Según dispone el art. 93, letra f), de la Ley 10/2014: *"Ejercer actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del artículo 5 [en el que se incluye la obligación de avaluar la solvencia del cliente], siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, salvo que tenga carácter ocasional o aislado"*.

62. Art. 20.3 Directiva 2014/17/UE.

63. Matilde Cuena, "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", cit., p. 4 versión online.

64. Emilio Díaz Ruiz, "Crédito bancario responsable", ob. cit., p. 228.

65. El TS se ha ocupado de la "*diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia —que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (…), de la finalidad del test de idoneidad —que procede (…) cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada—, en el que se suma el test de conveniencia (…) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*". (STS 384/2014, con cita de la anterior de nº 840/2013).

66. Para Iain Ramsay la cuestión fundamental en relación con el crédito responsable: *"is the standard to be achieved. Presumably the goal is to reduce the level of over-indebtedness or debt default to a socially acceptable level"*, ob. cit., p. 15.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AGABITINI, Chiara, "Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il 'bene casa'", *Rivista critica del diritto privato*, Vol. 29, nº 1, 2011, pp. 61-102.

CUENA CASAS, Matilde, "Evaluación de la solvencia y créditos hipotecarios", *El Notario del Siglo XXI*, nº 57, septiembre-octubre de 2014, disponible en: http://www.elnotario.es

CUENA CASAS, Matilde, "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 20, 2014, pp. 161-185.

Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, enero de 2012.

DE LA PEÑA, Luis / LÓPEZ-FRÍAS, Juan, "Crédito y responsable: nuevo concepto en nuestro ordenamiento", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 32, nº 130, abril-junio 2013, pp. 47-78.

DÍAZ RUIZ, Emilio, "Crédito bancario responsable", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario, 2011, pp. 224-228.

DÍAZ RUIZ, Emilio / IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio, "A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 30, nº 124, 2011, pp. 213-246.

DÍAZ RUIZ, Emilio / RUIZ BACHS, Salvador, "El depósito bancario estructurado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 22, nº 89, 2003, pp. 9-56.

MARTÍNEZ CARRASCOSA, José, "Mercado Hipotecario: Nuevos retos, nuevas soluciones", *Escritura Pública*, nº 53, 2008, pp. 6-11.

MIRONE, Aurelio, "L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto", *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza,* Vol. 63, nº 5, 2010, pp. 557-592.
NASARRE AZNAR, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, nº 727, 2011, pp. 2665-2737.
NATOLI, Roberto, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione,* Il diritto della banca e della borsa, Studi e Dibattiti, 53, Giuffrè Editore, Milano, 2012.
PISARELLO, Gerardo, "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 38, 2009, pp. 1-13.
PULGAR EZQUERRA, Juana, "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor hipotecario", *Revista de derecho mercantil*, nº 291, 2014, pp. 207-232.
RAMSAY, Iain, "From Truth in Lending to Responsible Lending", Howells, G. / Janssen, A. / Schulze, R., *Information Rights and Obligations*, Ashgate, 2005, pp. 47-66.
ZUNZUNEGUI, Fernando, "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año 32, nº 129, 2013, pp. 35-76.
ZUNZUNEGUI, Fernando, "Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básico", en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, editado por Artarteko, Bilbao, 2013, pp. 31-47.
ZUNZUNEGUI, Fernando, "Negociación de Swaps por cuenta propia", en Zunzunegui, F. (coord.), *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Editorial Cólex, Madrid, 2012, pp. 653-684.

Fecha de recepción: 23 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

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

THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ABOUT HOUSING IN RELATION TO THE SPANISH LAW

Héctor Simón Moreno

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

ABSTRACT

The economic and social crisis in our country has led to a debate about the enforceability of economic, social and cultural rights, particularly the right to housing. Despite it is not deemed to be a subjective right neither by the Spanish Constitution nor by international instruments ratified by Spain, the European Court of Human Rights has dealt with some elements of the right to housing through the interpretation of the civil and political rights enshrined in the European Convention on Human rights. This paper explores to what extent this doctrine may help to achieve grater justiciability of the right to housing in Spanish law and influence the evictions urged by public authorities and individuals.

KEY WORDS

Human rights, Enforceability of social rights, Right to housing, Evictions, European Court of Human Rights

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

Dr. Héctor Simón Moreno
Investigador Postdoctoral de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho al respeto de la vida privada y familiar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos 3. El carácter justiciable del derecho a la vivienda en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial aplicación en el Derecho español. A. Primera vía: las denominadas "obligaciones positivas" de los Estados Parte. a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.b) Su aplicación en el Derecho español. B. Segunda vía: la conexión del derecho a la vivienda con otros derechos fundamentales. a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. b) Su aplicación en el Derecho español. C. Tercera vía: la delimitación de derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. b) Su aplicación en el Derecho español. 4. La aplicación de la doctrina del Convenio Europeo de Derechos Humanos a conflictos entre particulares. 5. A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica por la que transita España desde el estallido de la burbuja inmobiliaria (2007) ha tenido consecuencias relevantes en el mercado inmobiliario español[1]. Así, se ha constatado la insuficiencia de la dicotomía vivienda en propiedad-vivienda en alquiler como formas clásicas de acceso a una vivienda y se ha producido un aumento paulatino tanto de los desahucios y las ejecuciones hipotecarias (fruto de una elevada tasa de desempleo y de un elevado sobreendeudamiento del consumidor[2]) como de las viviendas vacías[3]. Es por estos motivos que la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, que son naturalmente prestacionales por motivos dogmáticos, axiológicos, económicos y políticos (es decir, no conceden *prima facie* derechos subjetivos a sus titulares)[4], ha cobrado relevancia en los últimos años. Entre ellos destaca el derecho a la vivienda, que se recoge en la Constitución

Española (en adelante, CE) como un derecho prestacional[5] cuya satisfacción y contenido depende en buena medida de la acción positiva de los poderes públicos (art. 47 CE). Este derecho no recibe una protección adecuada en los arts. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH[6]) y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante, PIDESC[7]), ya que si bien se regula como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado no se contempla sin embargo la creación de un tribunal independiente que juzgue las violaciones de este derecho a nivel internacional. Y si bien es cierto que el derecho a la vivienda sí se regula en la Carta Social Europea de 1961[8] (en adelante, CSE), cuya revisión de 1996 incorporó este derecho con un marcado contenido social (art. 31), no lo es menos que España no ha ratificado dicha revisión a día de hoy. A todo ello cabe añadir que el derecho a la vivienda solo se recoge de forma indirecta en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE)[9].

Pues bien, a pesar de que el derecho a la vivienda tampoco recibe ninguna regulación específica en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante, CEDH)[10], lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tratado recientemente alguno de los elementos que lo integran gracias a la interpretación de los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH, que son exigibles ante los tribunales, como el respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (art. 8 CEDH) y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952[11], en adelante, el Protocolo).

En definitiva, el presente trabajo explora la relación entre el CEDH y el derecho a la vivienda en las resoluciones del TEDH, que ha tenido lugar a través de diferentes vías (tales como la doctrina de las obligaciones positivas, la conexión con otros derechos previstos en el CEDH o la delimitación del contenido de derechos regulados en el CEDH), y en qué medida esta doctrina podría tanto ayudar a alcanzar una mayor justiciabilidad del derecho a la vivienda en el Derecho español como influir en los lanzamientos instados por los entes públicos o los particulares.

2. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El art. 8 CEDH regula el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Estos derechos no son compartimentos estancos sino que se encuentran interrelacionados entre sí, de tal manera que son manifestaciones parciales de un derecho de contenido más amplio: la vida privada. De hecho, el propio TEDH los aplica frecuentemente en sus resoluciones sin realizar mayores distinciones entre ellos[12], lo que al fin y al cabo permite invocar de forma genérica el art. 8 CEDH ante el TEDH[13]. De la doctrina de este tribunal en referencia a este precepto puede concluirse lo siguiente:

a) Primero, que el bien jurídico protegido por el art. 8 CEDH es la privacidad de la persona o la familia en su hogar desde el punto de vista privado, familiar o ambos, frente a la injerencia injustificada de los poderes públicos[14], lo que implica, por una parte, que otras acepciones de "hogar" o "domicilio" no están reconocidas *prima facie* en el art. 8 CEDH, como el hogar como un activo económico[15]; y, por otra, que no compete al TEDH resolver conflictos entre particulares (art. 34 CEDH), por lo que sus normas no tendrían un efecto horizontal directo (que podría conseguirse, empero, por otras vías)[16].

b) Segundo, que para el TEDH el concepto de hogar es autónomo en el CEDH[17],

es decir, se trata de una cuestión de hecho independiente del lugar físico que se trate (por ejemplo, tienen tal condición una caravana[18] o la habitación de una vivienda[19]), de la licitud de la ocupación conforme al Derecho nacional (exista o no título legal que la ampare), de la naturaleza jurídica del derecho (por ejemplo, la propiedad o el alquiler)[20] así como de su ocupación efectiva[21].

c) Tercero, que la amenaza futura o previsible de un desalojo (por ejemplo, si existe una orden de desalojo pendiente de ejecución) es suficiente para considerar la existencia de una injerencia por parte de las autoridades publicas[22].

d) Y cuarto, que el TEDH tiene declarado que el CEDH no otorga a los ciudadanos un derecho subjetivo a exigir la provisión de una vivienda por parte de las autoridades públicas (se trataría de un tema político, no judicial[23]). Por este motivo, el TEDH no ha dado el paso definitivo de vincular el derecho a la vivienda con el art. 8 CEDH, lo que sí ha tenido lugar de manera indirecta por otras vías que se analizan a continuación.

3. EL CARÁCTER JUSTICIABLE DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU POTENCIAL APLICACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. PRIMERA VÍA: LAS DENOMINADAS "OBLIGACIONES POSITIVAS" DE LOS ESTADOS PARTE

a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las SSTEDH de 9 de octubre de 1979[24] y de 26 de marzo de 1985[25] establecieron la existencia de obligaciones positivas para los Estados parte del CEDH. En cuanto al art. 8 CEDH, si bien su objetivo esencial es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos (aspecto negativo), este precepto también impone a los Estados parte obligaciones positivas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada (aspecto positivo), incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí[26]. Esta clase de injerencia "pasiva" puede ser de tipo normativo, debido a la ausencia de disposiciones jurídicas adecuadas para la protección del derecho a la vida privada y familiar, o de naturaleza material, por la insuficiencia de medios adecuados para hacer frente a una determinada situación[27].

De esta manera, la doctrina de las obligaciones positivas es una de las vías[28] para poder incorporar los derechos sociales (como el derecho a la vivienda) en el ámbito de protección del CEDH. En este sentido, las siguientes resoluciones del TEDH establecen obligaciones positivas para las autoridades públicas relacionadas con el derecho a la vivienda (en conexión con el art. 8 CEDH):

1) En la STEDH de 9 de diciembre de 1994[29] fue objeto de discusión la instalación de una planta depuradora que provocaba molestias y trastornos de salud a numerosos ciudadanos de los alrededores. El TEDH condenó a la administración por violar del art. 8 CEDH en tanto que no había actuado diligentemente para poner fin a esa situación. La misma conclusión se alcanzó en casos posteriores[30], que presentan todos ellos una conexión con la habitabilidad de la vivienda, uno de los elementos que integran el derecho a la vivienda[31]. Y en el caso Marzari contra Italia de 4 de mayo de 1999[32] el demandante, que padecía una discapacidad grave, dejó de pagar el alquiler hasta que se no llevaran a cabo las adaptaciones pertinentes en su apartamento, que no se adaptaba a sus necesidades. Su demanda no fue admitida por el TEDH ya que las autoridades públicas nacionales habían adoptado las medidas oportunas, si bien dejó la puerta abierta a futuras reclamaciones relacionadas con la acción positiva de las autoridades en cuanto a la accesibilidad de la vivienda[33].

2) Por su parte, en las SSTEDH dictadas en los casos Yordanova (2012) y Winterstein (2013) se discutió el desahucio de familias romaníes y nómadas que compartían en común la ocupación ilegal de suelo de propiedad municipal. El TEDH analizó los criterios establecidos para analizar la existencia o no de una injerencia por parte de las autoridades públicas[34]: a) si la medida estaba legitimada por la ley; b) si obedecía a uno de los fines legítimos previstos en el art. 8.2 CEDH[35] (que han de interpretarse de forma restrictiva); y c) si la medida era necesaria en una sociedad democrática, es decir, si respondía a una necesidad social imperiosa"[36], y, concretamente, si la medida adoptada era proporcional. Este último requisito exige tener en cuenta el interés a proteger, la necesidad social imperiosa que hace necesaria la intervención del Estado y el grado de intensidad de la injerencia[37].

En cuanto a la primera cuestión, en ambos casos la legislación nacional permitía el desahucio y, de hecho, el TEDH ha mantenido que la administración está legitimada para recuperar la posesión de las propiedades ilegalmente ocupadas[38]. Y en cuanto a la segunda, el TEDH consideró que las medidas perseguían alguno de los objetivos previstos en el art. 8.2 CEDH. Respecto al último criterio, entiende el TEDH que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de interpretación, con lo que se ha de analizar caso por caso.

Pues bien, el TEDH impidió el desahucio en ambos casos por diversas razones. Primero, por la tolerancia de *facto* por parte de la administración de la situación de las familias implicadas durante varios años. Segundo, porque o bien se habían considerado otras opciones por la administración como la legalización de los edificios, la construcción de instalaciones de alcantarillado público o la asistencia para encontrar alojamiento alternativo, que no tuvieron sin embargo una aplicación efectiva (caso Yordanova), o bien se solucionaron parcialmente los problemas de las familias (caso Winterstein). Y tercero, porque la administración ni había demostrado la necesidad urgente de recuperar los terrenos ni había tenido en cuenta las particulares circunstancias sociales de estos grupos y las consecuencias del desahucio. En un sentido similar, la STEDH de 9 de octubre de 2007[39] consideró que el desalojo del demandante (que ocupaba ilegalmente una vivienda) no se fundaba en unos motivos pertinentes ya que la autoridad pública no le había facilitado un alojamiento alternativo, lo que produjo unos efectos incompatibles con su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

3) Finalmente, la STEDH dictada en el caso Winterstein remarca que cualquier persona que sufra la pérdida de la vivienda tiene el derecho a que un tribunal independiente decida la proporcionalidad de la medida a la luz del art. 8 CEDH, pese a que se hubiera extinguido su derecho a ocupar la vivienda en virtud de la legislación nacional. Este análisis no tuvo lugar en la STEDH de 29 de mayo de 2012 (caso Bjedov contra Croacia), en la que el tribunal nacional procedió al desahucio básicamente sobre la base de que la ocupante no tenía título legal para ocupar la vivienda. Ello fue criticado por el TEDH en el sentido de que el proceso de desahucio perseguía como objetivo principal asegurar la ejecución efectiva de la deuda judicial gracias a su naturaleza no contenciosa, con lo que este procedimiento no estaba, a diferencia de los procedimientos civiles ordinarios, debidamente regulado con las herramientas procesales necesarias para el examen completo y contradictorio que exige el principio de proporcionalidad. Este examen por el juez no tiene por qué tener lugar automáticamente en cada proceso de desahucio, sino que corresponde al perjudicado alegar las cuestiones que considere pertinentes que serán resueltas por el juez (incluidas por ejemplo las de carácter personal, como el carecer de la necesaria capacidad de obrar para defenderse en el proceso[40]). Por último, reseñar que la STEDH de 5 de diciembre de 2013[41] no autorizó un desalojo dado que la autoridad pública no había presentado ningún argumento convincente que demostrara su necesidad más allá del hecho que el ocupante carecía de base legal

para habitar la vivienda. En estos casos, el legítimo interés del Estado de poder controlar su propiedad pasa a un segundo plano respecto al derecho de la demandante al respeto de su domicilio.

En definitiva, de estas resoluciones podemos concluir lo siguiente:

a) Primero, que el TEDH ha vinculado el derecho a la vivienda con el art. 8 CEDH en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad. En este último punto, el TEDH puede llegar a considerar atendiendo a las circunstancias del caso que las autoridades públicas deban ofrecer soluciones alternativas al desalojo de los ocupantes de las viviendas para cumplir con el principio de proporcionalidad, lo que el Comité Europeo de Derechos Sociales ya constató en el caso *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*[42] al proclamar que el art. 31.2 CSE impone a los Estados parte la obligación de proveer un alojamiento alternativo, especialmente si hay menores implicados.

b) Segundo, que las autoridades públicas deben justificar la injerencia en la vida privada de los ocupantes (su necesidad social imperiosa), sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que dicha injerencia esté legitimada por la ley. Además, el TEDH exige que un tribunal independiente analice la proporcionalidad de dicha injerencia, lo que en nuestra opinión se traduce en que el ocupante tenga la posibilidad de reclamar (si lo desea) el análisis de la proporcionalidad del desahucio en el seno del proceso (que será o no aceptada por el tribunal, quien no deberá rechazar la petición a *limine litis*) y, corolario, que el juez pueda (y deba) entrar a valorar la posible injerencia por parte de las autoridades públicas[43]. Entender lo contrario supondría admitir un control *ex post* del desalojo por un tribunal independiente en lugar de *ex ante*, lo que iría en detrimento del perjudicado y de la garantía efectiva de los derechos contemplados en el CEDH.

b) Su aplicación en el Derecho español

La doctrina del TEDH en materia de obligaciones positivas es plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico español gracias a que el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea[44] (en adelante, TUE) prevé que la UE se adhiere al CEDH, cuyos derechos formarán parte del Derecho comunitario como principios generales (art. 6 TUE), y a que el art. 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce (entre los que se encuentra el respeto a la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio —art. 18 CE—, equiparables a los derechos recogidos en el art. 8 CEDH) se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre los que se encuentra el CEDH. De hecho, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) tiene declarado que la jurisprudencia del TEDH no solo garantiza un contenido mínimo en relación con los derechos fundamentales, a partir del cual "*se determinará en el orden interno el contenido asegurado por el Derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo garantizado*"[45], sino también que "*ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales*"[46], como ha tenido lugar por ejemplo con el medioambiente (STC de 29 de mayo de 2001[47]).

En cuanto a las obligaciones positivas identificadas en la doctrina del TEDH, la primera de ellas (proveer un alojamiento alternativo a los desahuciados) ha tenido repercusión en los siguientes casos:

1) El intento de desalojo de una familia con una niña de 8 años de edad que había construido ilegalmente en suelo no urbanizable (en la Cañada Real Galiana, una antigua vía pecuaria) como el resto de su comunidad (alrededor de 8000 personas). La familia recurrió en amparo al TC la orden de demolición de su vivienda apoyándose en la jurisprudencia del TEDH (caso Yordanova), que fue des-

estimado el 4 de noviembre de 2013. El TC afirmó que no se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando se autoriza la entrada en una vivienda construida ilegalmente con el objetivo de realizar su desalojo y demolición. Sin embargo, es reseñable que dos de los cinco magistrados del TC formulasen sendos votos particulares posicionándose a favor de la aplicación al caso de la doctrina del TEDH (casos Yordanova y Winterstein). Con todo, el TEDH había dictado una orden de suspensión cautelar del derribo el 31 de enero de 2013[48] (en base al art. 39 del Reglamento del TEDH[49] y a instancias de una petición de 15 de enero de 2013[50]) hasta que las administraciones no proporcionaran información precisa y exacta acerca de las medidas adoptadas para garantizar tanto una vivienda adecuada como los servicios sociales, ya que el TEDH había considerado insuficientes las medidas ofrecidas con anterioridad: el alojamiento temporal en un albergue de 7 a 15 días[51].

2) El TEDH[52], como medida preventiva, paralizó el 15 de octubre de 2013 el desalojo de los 16 familias que ocupaban de manera ilegal un edificio propiedad de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB,)[53] en el municipio catalán de la Salt (Girona) sobre la base de los arts. 3 (prohibición de la tortura y de tratos humanos degradantes) y 8 CEDH, dado que el gobierno catalán no había proporcionado suficientes evidencias sobre las medidas que se iban a tomar en relación con dichos ocupantes una vez fueran desalojados, especialmente con los menores de edad. El ejecutivo catalán facilitó finalmente a estas familias el acceso efectivo a una vivienda social en el marco del programa de emergencias sociales[54], lo que permitió que el TEDH levantara la medida cautelar el 31 de octubre de 2013. El caso fue finalmente fue inadmitido a trámite por el TEDH en febrero de 2014[55].

3) Por otra parte, el TEDH suspendió el 13 de diciembre de 2012 el lanzamiento de una mujer e hijos que ocupaban ilegalmente un inmueble propiedad del Instituto de Vivienda de Madrid (IVIMA), en base tanto a la solicitud efectuada el 6 de diciembre de 2012[56], en la que se alegaba la posible vulneración por este ente público de los arts. 3 y 8 CEDH, como en la insuficiencia de las medidas adoptadas por dicho ente público a fecha 11 de diciembre de 2012 (requeridas previamente por el TEDH). Finalmente, la demanda fue inadmitida a trámite por el TEDH por Decisión de 28 enero de 2014[57] al estar pendiente de resolución un recurso de amparo ante el TC, momento en el que también se levantó la medida cautelar.

4) Finalmente, el 3 de marzo de 2014 se interpuso una demanda ante el TEDH[58] con la finalidad de proteger los derechos de las familias de la Corrala Utopía, que estaban a las puertas de ser desalojadas después de ocupar desde mayo de 2012 un bloque vacío propiedad de una entidad bancaria. El TEDH exigió el 6 de marzo de 2014 a las autoridades públicas sevillanas que concretaran cuáles eran las medidas que se iban a tomar en relación a los demandantes (en especial, respecto a los hijos), que fueron consideradas suficientes en fecha 21 de marzo de 2014[59] y, por lo tanto, no se dictó medida cautelar de suspensión del desalojo.

Por consiguiente, puede observarse como el TEDH exige a las autoridades públicas españolas que concreten las medidas alternativas de alojamiento una vez se haga efectivo el desahucio. Ahora bien, una cuestión relevante en este ámbito es el grado de exigibilidad de estas obligaciones. Sobre este particular afirma el TEDH que del art. 11 CEDH no se deriva una obligación de resultado[60], lo que puede corroborase respecto al art. 8 CEDH en el hecho de que TEDH dio por buenas las medidas previstas por el Gobierno en el caso IVIMA[61] así como en el caso Corrala Utopía. Además, en la STEDH de 18 enero de 2001 el TEDH afirmó que el art. 8 del CEDH impone a los Estados contratantes la obligación positiva de permitir a los personas de etnia gitana continuar su modo de vida, pero no les obliga a una política social tan extensa como prever todos los emplazamientos debidamente equipados

que necesiten para la instalación de caravanas, sino solo un número adecuado.

No obstante, no puede obviarse el hecho de que el TEDH ha llevado hasta las últimas consecuencias el cumplimiento de las obligaciones positivas de las autoridades públicas, más próximas por lo tanto a una obligación de resultado, por ejemplo en los casos Stankova, Cañada Real Galiana (denegándose el alojamiento en un albergue de 7 a 15 días como medida efectiva) o Salt (donde se levantó la medida cautelar una vez la administración facilitó el acceso efectivo de las familias implicadas a una vivienda social). De hecho, el TEDH afirma en el Caso Yordanova (después de negar que el CEDH regule el derecho a la vivienda) que "*an obligation to secure shelter to particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases*", si bien no aclara en qué casos esta doctrina podría resultar de aplicación[62].

Esta tendencia puede plantear potenciales problemas prácticos para las administraciones públicas. Por un lado, porque pese a contar con mecanismos previstos por la ley para solucionar los problemas de alojamiento de ciudadanos desalojados de viviendas públicas[63] puede suceder que no puedan aplicar estas medidas de una manera efectiva si se tiene en consideración que en España solo existe un 2% de vivienda social en alquiler[64]. Y por otro, porque el TEDH adopta un concepto lato de hogar cuya aplicación puede extenderse a una multiplicidad de supuestos. La tendencia parece apuntar que en estos casos los tribunales nacionales (o el TEDH) podrían paralizar los lanzamientos de familias instados por parte de las Administraciones Públicas ante su inoperatividad e ineficacia a la hora de ofrecer soluciones efectivas a los desalojos, lo que permitiría que la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto al art. 31 CSE pudiera tener aplicación por esta vía en el Derecho español.

En definitiva, existe una tendencia por parte del TEDH de exigir a las autoridades públicas nacionales el cumplimiento de sus obligaciones positivas cuando llevan a cabo procedimientos de desahucio, pero no existe ni una predisposición por parte del TC a adoptar esta jurisprudencia[65] ni una actuación decidida de los tribunales ordinarios, que de manera incipiente han empezado a aplicar esta doctrina[66].

En cuanto a la segunda obligación positiva (justificación de la injerencia y análisis de esta por un tribunal independiente), las autoridades públicas tienen básicamente dos posibilidades en el Derecho español para llevar a cabo un desahucio:

a) La primera es el proceso de desahucio previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[67], que se aplicará cuando el contrato se rija por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos[68]. El art. 250.1.1 LEC prevé que se tramitarán por el juicio verbal las demandas que versen sobre la reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente. La particularidad de este procedimiento es su carácter sumarial y las limitadas causas de oposición del arrendatario: o bien alegar y probar el pago o bien las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación del desahucio (es decir, del pago de la deuda pendiente en el seno del proceso, art. 444.1 LEC). Por lo tanto, el demandado no puede alegar determinadas cuestiones complejas, por ejemplo el impacto del desalojo en los derechos protegidos por el art. 8 CEDH[69]. Es cierto que el art. 704.1 LEC permite al secretario judicial dar un mes de plazo más al mes legalmente previsto si existe un motivo fundado para ello (como podrían ser las consecuencias negativas del lanzamiento en los ocupantes), pero para la STEDH de 22 de octubre de 2009[70] el simple retraso del proceso no es suficiente para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad.

b) La segunda es el desahucio administrativo, que en la viviendas de protección oficial de promoción pública se regula a nivel estatal

en el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, que recoge el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial[71]. Esta norma establece un procedimiento administrativo de desahucio para esta clase de viviendas por diversas causas: impago de la renta, daños graves a la propiedad o uso de la vivienda para fines distintos a la residencia principal y permanente de la arrendatario (arts. 138 y 140). Ahora bien, este proceso solo se aplica en ausencia de normativa autonómica (art. 148.1.13 CE), que utiliza básicamente el procedimiento de expropiación para las viviendas que no son de protección oficial[72]. En cualquier caso, el desahucio administrativo finaliza con un acto administrativo en tanto que se ejercita una potestad administrativa derivada del principio de autotutela de la Administración[73]. La única intervención del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo[74] tiene lugar a la hora de autorizar la entrada al domicilio mediante auto para no vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)[75]. Con todo, el juez hace un examen más formal que sustantivo de la satisfacción de este derecho[76], como tuvo lugar en la STC de 4 de noviembre de 2013, en la que el TC atendió exclusivamente a la resolución dictada previamente por la Administración y a la negativa del afectado a cumplirla voluntariamente sin entrar a valorar otras cuestiones.

En definitiva, la doctrina del TEDH exige que los ocupantes inmersos en un proceso de desahucio tengan la oportunidad de que se valore la proporcionalidad y la necesidad social imperiosa de la medida en el seno del procedimiento, lo que no supone para el TEDH un impacto relevante en el funcionamiento de las regulaciones nacionales[77]. El tribunal nacional debería valorar atendiendo a la doctrina del TEDH diversos factores, tales como la tolerancia previa de la administración, la existencia de medios alternativos para resolver el problema, la urgencia de la medida, la atención de las necesidades de las familias desalojadas y las consecuencias de su expulsión (*vid*. votos particulares de la STC de 4 de noviembre de 2013), lo que a nuestro juicio no es posible ni en la regulación actual de la LEC (por su naturaleza sumaria) ni en el proceso administrativo de desahucio (ya que finaliza en una resolución instada por la propia Administración y porque el análisis *ex post* que tribunal realiza para autorizar la entrada en el domicilio no llega hasta el punto de examinar estas cuestiones). En definitiva, ambas regulaciones son contrarias al art. 8 CEDH y deberían modificarse para que los desahuciados pudieran alegar el impacto del proceso en los derechos que recoge el citado precepto.

B. SEGUNDA VÍA: LA CONEXIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Pisarello[78] defiende que los derechos sociales (como el derecho a la vivienda) también puedan tener un carácter justiciable gracias a su conexión o bien con otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, o bien con otros principios constitucionales, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)[79]. En este sentido, el TEDH no ha negado la conexión en el CEDH entre los derechos de naturaleza civil y los de naturaleza social[80], y en cuanto al derecho a la vivienda, en la jurisprudencia del TEDH encontramos conexiones de este derecho tanto con la habitabilidad de la vivienda (como ya se ha señalado en relación al medioambiente, STEDH de 9 de diciembre de 1994) como con el derecho de propiedad.

En el primer caso, el derecho a la vivienda, a pesar de no estar regulado en el art. 8 CEDH, encuentra protección en este precepto al quedar subsumido dentro de su contenido. De hecho, el propio TEDH admite implícitamente esta conexión al hacer referencia *obiter dicta* en el caso Yordanova a la normativa internacional que regula el derecho a la

vivienda[81]. A pesar de que el TEDH no fundamenta su fallo en estos textos, se trata de un indicativo de la vinculación del derecho a la vida privada y familiar con el derecho a la vivienda[82]. Ello también es coherente con su afirmación de que el domicilio y la vida privada y familiar son relevantes para la identidad, la autodeterminación de la persona, la integridad física y moral, el mantenimiento de relaciones con los demás y para tener lugar asentado y seguro en la comunidad[83]. La autonomía personal, además, es un elemento que se integra dentro de la dignidad y la libertad humanas, que son tratados por el TEDH como la esencia de la CEDH[84].

Y lo mismo es predicable en el segundo caso. Ejemplos de la conexión entre el art. 8 CEDH y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo) son la STEDH de 28 de julio de 2009[85] (en la que se discutió el derecho de unos ciudadanos a la provisión de una vivienda social a la que tenían derecho gratuitamente por ley, cuya no satisfacción por el número de ciudadanos elegibles conllevó una violación del derecho de propiedad de los solicitantes), la STEDH de 22 de diciembre de 2005[86] (el demandante no había podido disfrutar del acceso, dominio, uso y disfrute de su domicilio desde la invasión turca de Chipre en 1974) y la STEDH de 28 de septiembre de 1995[87] (el propietario exigió la devolución de la vivienda por caso de necesidad, la cual no fue atendida por las autoridades públicas). La doctrina concluye de esta jurisprudencia que la vivienda es un aspecto positivo del derecho de propiedad[88], al menos, a nuestro entender, cuando la ley legitima a un particular a recuperar el uso de la vivienda[89], y asimismo que la protección de la vivienda es una obligación positiva de los Estados, con lo que también puede conseguirse la justiciabilidad del derecho a la vivienda a través del derecho a la propiedad.

b) Su aplicación en el Derecho español

Esta doctrina tiene especial relevancia en el Derecho español en tanto que el derecho a la vivienda (art. 47 CE) se regula en el Capítulo III de la CE ("De los principios rectores de la política social y económica") como un derecho social de configuración legal o un "mandato o directriz constitucional"[90] (el art. 53.3 CE afirma que esta clase de derechos solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen), lo que implica, por un lado, que no sea posible recurrir en amparo al TC en base a este derecho, y, por otro, que los ciudadanos no sean titulares *prima facie* ni de un derecho subjetivo a exigir la provisión de una vivienda ni de un derecho universal a ser propietario[91]. Con todo, lo cierto es que la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda se discute vivamente a nivel doctrinal[92]. En efecto, parte de la doctrina lo configura como una "expectativa" de derecho, que se concretaría siempre por lo dispuesto finalmente en la ley; otros defienden que el derecho a la vivienda podría ser exigible ante los tribunales como un derecho subjetivo[93]; también se ha argumentado la posible determinación de un mínimo esencial o vital que quedaría fuera del alcance de los poderes públicos[94]; y, finalmente, otra tesis plantea que una interpretación "evolutiva y sistemática" de la CE permitiría conectar sistemáticamente el art. 47 CE con otros preceptos constitucionales como el derecho a la salud (art. 43 CE) o a la educación (art. 27 CE)[95]. Esta última tesis es la que se acoge en el presente apartado.

En este sentido, en el Derecho español sí que está presente la conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos fundamentales a diferencia del art. 8 CEDH. De esta manera, la vivienda es un requisito necesario para garantizar el derecho a la vida privada y familiar (art. 18.1 CE) y otros derechos fundamentales tal y como resalta la doctrina[96], se deriva de la jurisprudencia del TC (STC de 29 de mayo de 2001[97]) y del TS, para quien la vivienda constituye el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y el de la dignidad de la persona (STS de 27 de

junio de 2006[98]), y puede observarse también en ***el*** Auto del Juzgado de Primera Instancia No. 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013[99], que suspendió el lanzamiento de una arrendataria con tres hijos menores de edad a su cargo sobre la base tanto de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño[100] como del vínculo del derecho a la vivienda con otros derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar, la libertad de residencia (art. 19 CE), el derecho a la educación (art. 27 CE) o el derecho a la salud (art. 45 CE)[101]. Además, este Juzgado, apoyándose en una de las resoluciones del caso IVIMA[102], instó a la Empresa Municipal de la Vivienda a adoptar medidas concretas que garantizasen el derecho de estos menores de edad a una vivienda digna y adecuada, momento en el que el Tribunal tomaría una decisión sobre la suspensión de la ejecución. De hecho, el juzgado dictó una providencia el 20 de junio de 2013[103] donde afirmaba que la administración no había garantizado el alojamiento de los menores de edad, con lo que dejó vigente la suspensión del lanzamiento, que todavía no se había producido a fecha 29 de mayo de 2014[104]. Esta resolución, por lo tanto, aplica la doctrina de las obligaciones positivas del TEDH.

Por otra parte, la inviolabilidad del domicilio (que es una manifestación del derecho a la intimidad pero que tiene un contenido autónomo, lo que no tiene lugar de forma precisa en el CEDH[105]) también presenta conexiones con el derecho a la vivienda. Así se han posicionado los votos particulares de la STC de 4 de noviembre de 2013, el propio TC, que ha proclamado específicamente que el domicilio es relevante para el desarrollo de los derechos fundamentales y se configura como el último reducto de su intimidad personal y familiar (STC de 26 de abril de 1999[106]).

Con todo, la posibilidad de vincular el derecho a la vivienda con el contenido de otros derechos fundamentales, que permitiría su protección o bien a través del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios o bien a través de la interposición de un recurso de amparo ante el TC (art. 53.2 CE)[107], presenta sin embargo problemas prácticos, en particular la determinación de los supuestos en los que el derecho a la vivienda formaría parte del núcleo de estos derechos más allá de los ya expuestos[108]. Pensemos por ejemplo en el resto de elementos que conforman el derecho a la vivienda, como la disponibilidad en la vivienda de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras mínimas, los gastos o costes de la vivienda, la ubicación o la adecuación cultural. Todos ellos presentan una conexión muy tangencial con el derecho a la intimidad. Otro problema que se presenta es el rol que jugaría la limitación de recursos públicos.

A pesar de estas dificultades de índole práctica, es reseñable que la STJUE de 10 de septiembre de 2014[109] haya afirmado textualmente que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental en el derecho comunitario garantizado por el art. 7 CDFUE, que enuncia que "*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*". En particular, el TJUE afirma que el tribunal nacional debe tomar en consideración este precepto al aplicar la Directiva 93/13[110], pues en el caso concreto se discutía una cláusula que permitía la ejecución extrajudicial de la garantía sin que el juez tuviera la opción de entrar a valorar su carácter abusivo (lo que desembocó finalmente en la ejecución del bien y en la pérdida de la vivienda por parte del consumidor). En definitiva, el propio TJUE ha ido un paso más allá que la doctrina del TEDH y de la CE: por un lado, al vincular directamente y sin ambages el derecho a la vivienda con el derecho a la vida privada; y, por otro, la afirmar que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental (lo que se aparta, como ya se ha visto, de la configuración del derecho a la vivienda en el Derecho español).

C. TERCERA VÍA: LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

a) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Otra vía para proteger el derecho a la vivienda sería a través de la delimitación del disfrute de los derechos previstos en el CEDH[111]. En este sentido, el TEDH se ha amparado en este derecho para delimitar el derecho de propiedad[112], lo que ha tenido lugar por ejemplo en el ámbito de los arrendamientos urbanos sobre la base de la capacidad que tienen los Estados parte para reglamentar del uso de los bienes de acuerdo con el interés general (art. 1.2 del Protocolo). Así, la STEDH de 28 de enero de 2014[113] afirmaba que la fijación de una renta máxima por parte de la autoridad pública cumplía con el principio de proporcionalidad en tanto que era superior al impuesto que recaía sobre la propiedad y a los costes de su mantenimiento[114]. Un caso similar tuvo lugar en las SSTEDH de 19 de diciembre de 1989[115] (limitación legal de la renta del alquiler por el Estado) y de 21 de noviembre de 1995[116] (donde se impide al propietario recuperar al vivienda arrendada porque no se justifica la necesidad).

b) Su aplicación en el Derecho español

La función social de la propiedad (art. 33.2 CE) ha sido un mecanismo utilizado por el legislador español para delimitar el ejercicio del derecho de propiedad, por ejemplo el de los propietarios/arrendadores[117]. Este elemento intrínseco del derecho de propiedad está siendo un recurso recurrente por parte del legislador autonómico para hacer frente desde una vertiente pública a los problemas sociales a los que el Derecho privado no da una respuesta satisfactoria, como las consecuencias negativas de las ejecuciones hipotecarias en el derecho a la ida privada y familiar de los deudores hipotecarios o el número de viviendas vacías. Este es el caso de la normativa de Andalucía[118] (impugnada ante el TC[119]), Navarra[120] (impugnada también ante el TC[121]) y Canarias[122], que legitiman por ejemplo a la administración a expropiar las viviendas objeto de una ejecución hipotecaria para arrendarlas posteriormente a los deudores hipotecarios. Habrá que ver la valoración de estas medidas por parte del TC (por ejemplo, si esta normativa respeta el contenido esencial del derecho a la propiedad privada, arts. 33.1 y 53.1 CE), cuya doctrina puede suponer un impulso a la promulgación de normas de Derecho público tendentes a solucionar algunos problemas derivados de la crisis económica en nuestro país.

4. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A CONFLICTOS ENTRE PARTICULARES

En relación a la aplicación del CEDH a las relaciones entre particulares, García Montoro[123] se cuestiona si los poderes públicos deberían asegurar un alojamiento alternativo adecuado a quienes se ven afectados por órdenes de desahucio instadas por bancos o propietarios privados de viviendas legalmente adquiridas, y concluye que la configuración del derecho a la vivienda como un principio rector "*no quiere decir que deba asegurar en cualquier caso y a cualquier persona el "alojamiento adecuado" que requiere el Tribunal*". Dos argumentos avalan esta interpretación: por un lado, el efecto horizontal del CEDH estaría vedado *prima facie* por el art. 34 CEDH; y por otro, el TEDH[124] ha afirmado que un desahucio entre particulares no viola el art. 8 CEDH dado que persigue un fin legítimo y necesario en una sociedad democrática: devolver la vivienda a sus propietarios. En el mismo sentido se pronunció la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Wood v United Kingdom*

en relación a una ejecución hipotecaria[125]. De todo ello puede defenderse la inclusión de la expectativa de recuperar la vivienda dentro del contenido del art. 1 del Protocolo, lo que ya ha quedado acreditado con anterioridad[126].

Ahora bien, la doctrina defiende que el efecto horizontal del CEDH podría conseguirse de manera indirecta gracias o bien a la aplicación de la teoría de las obligaciones positivas[127] o bien a través de otras vías ya vistas, como la conexión con otros derechos. Veamos entonces la posible aplicación de esta doctrina entre los particulares:

1) En cuanto a la primera vía (obligaciones positivas), el TEDH interpuso medidas cautelares en el caso de Salt, donde quien instaba el desalojo era una sociedad con capital mayoritariamente de origen privado. Ello es una muestra de la posible aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares de manera indirecta. Es decir, el demandado no sería el propietario sino la administración, que no cumpliría con su obligación positiva de proporcionar, en su caso, un alojamiento alternativo para los desalojados.

2) Respecto a la segunda vía (conexión con otros derechos), cabe preguntarse si los tribunales podrían paralizar los desalojos instados por particulares con base o bien en derechos fundamentales protegidos en la CE (conectados con el derecho a la vivienda) o en principios generales del derecho extraídos de normas de nuestro ordenamiento jurídico.

La conexión de un aspecto del derecho a la vivienda con otro derecho fundamental tuvo lugar en la STC de 29 de mayo de 2001 en materia medioambiental, lo que a nuestro entender da pie a aplicar esta doctrina *mutatis mutandi* al derecho a la vivienda (que quedaría incluido dentro del contenido del art. 18 CE) ya que el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado (art. 45 CE) se ubica en el mismo Capítulo que aquél; así como en el Auto JPI Madrid de 6 de marzo de 2013, que basa su resolución no solo en el interés superior del menor recogido en la legislación española (art. 158 CC) e internacional, sino también en la conexión entre la pérdida de la vivienda y la privación de derechos fundamentales (salud, intimidad, educación, etc.).

En cuanto a la segunda posibilidad, los principios generales del derecho incluidos en la CE informan a todo el ordenamiento jurídico, que debe ser interpretado conforme a los mismos e incluso pueden llegar a tener una aplicación directa (STC de 2 de febrero de 1981[128] y art. 1.4 Código Civil)[129]. De hecho, el derecho a la vivienda, como principio rector de la política social y económica, se ha de tener en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales o legales (STC de 5 de mayo de 1992[130]). En este sentido, el Auto JPI Madrid de 6 de marzo de 2013 entiende que debe prevalecer el principio general del interés del menor sobre "*cualquier otro interés legítimo*" que pudiera concurrir, que podría ser el legítimo derecho del propietario privado a recuperar su vivienda. Si esta resolución se ampara en el interés superior del menor para no aplicar una norma de Derecho privado, el mismo resultado podría alcanzarse gracias a la aplicación de otros principios generales que se derivan de la CE o de tratados internacionales que protegen o bien el derecho de determinados grupos a un nivel de vida adecuado en el que se incluye la vivienda, por ejemplo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006[131] (art. 28.1), o bien a grupos especialmente vulnerables, como las personas mayores, cuyos derechos reciben protección jurídica tanto a nivel nacional (art. 50 CE) como internacional[132].

Y en cuanto al abuso del derecho[133], el uso de esta vía no sería extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor (de manera minoritaria) se han posicionado en contra de permitir el embargo del resto de bienes del deudor cuando se produce una ejecución hipotecaria y el producto es insuficiente para cubrir la deuda pendiente (art. 579.1 LEC)[134], y la STS de 10 de octubre de 2013[135] se ampara en un principio general del derecho, la protección

del discapacitado (que extrae de la normativa, nacional e internacional), para aplicar la doctrina del abuso del derecho (sobre la base del art. 18.1.c) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal[136]) a un acuerdo de la junta de propietarios que denegaba una autorización para instalar una silla-grúa y facilitar, así, el acceso de un discapacitado a la piscina comunitaria, dado que no se había probado el perjuicio o riesgo de la instalación para el resto de copropietarios del inmueble.

En cuanto al derecho a la vivienda, podría defenderse que el desalojo podría provocar un daño o perjuicio que socialmente no es aceptable dado que iría en contra de principios generales e intereses dignos de protección[137], pero en nuestra opinión habría que analizar en última instancia la concurrencia del aspecto subjetivo del abuso del derecho (la inexistencia de un interés ilegítimo y intención de dañar o causar un perjuicio por parte del propietario o acreedor), elemento exigido por el TS[138] y que la STS de 10 de octubre de 2013 no entra a valorar.

En definitiva, la aplicación de principios generales del derecho para impedir el desalojo de ocupantes en situación de vulnerabilidad (menores, discapacitados, personas mayores, etc.), ya sea por su carácter informador ya sea vehiculados a través del abuso del derecho, desembocaría en una inversión de la valoración de los intereses en juego, es decir, se pasaría de la protección de los principios del derecho de la propiedad inmobiliaria (el derecho a recuperar la posesión de la vivienda) a la prevalencia de la justicia social (que tomaría en consideración las condiciones personales de los ocupantes situándolas por encima del Derecho civil)[139], lo que se alejaría de una (más deseable) correcta valoración de los intereses en conflicto, solución que plantea Fox[140] para tratar de conciliar los legítimos intereses de los propietarios privados (cuya protección encuentra cobijo tanto en el Protocolo como en el art. 33.1 CE) y de los ocupantes.

3) En cuanto a la tercera vía expuesta (delimitación del derecho de propiedad vía función social), ya se ha constatado cómo el legislador ha limitado las facultades de los propietarios. En el ámbito de las relaciones entre particulares, los tribunales españoles han legitimado la ocupación de viviendas propiedad de personas jurídicas (entidad bancaria y sociedad privada —Sareb—) sobre la base de la función social de la propiedad. Efectivamente, la SAP de Barcelona de 22 de octubre de 2012[141] y el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Sabadell de 8 de mayo de 2013[142] llegaron a idénticos resultados que el caso de Salt pero con un razonamiento jurídico distinto: a pesar de que la entidad bancaria y el SAREB eran propietarios de una vivienda y un edificio respectivamente y el demandado lo ocupaba sin título, quedó constatado que esta entidad no había cumplido con la función social de la propiedad en tanto que no había llevado a cabo conducta alguna encaminada ni la efectiva ocupación del inmueble (incumpliendo así los deberes de conservación de los edificios que recoge la legislación de urbanismo) ni a la recuperación de la posesión (pues se limitó a interponer una denuncia). Por este motivo, el juez determina la improcedencia de la medida cautelar de desalojo en el proceso penal (a la espera del desarrollo del proceso), sobre la base de la ausencia de proporcionalidad de la medida (el segundo Auto hace referencia a la situación de la familia —sin ingresos y previamente desahuciada—, y ambas resoluciones entienden que la medida afecta "*a quien utiliza la vivienda como verdadero domicilio familiar*").

Ahora bien, esta doctrina tiene difícil aplicación en un proceso civil tendente a recuperar la posesión de la vivienda tal y como se deriva de estas resoluciones, a lo que debe añadirse que corresponde al legislador, y no a los particulares, la regulación de los supuestos en los que no se cumple con la función social de la propiedad (gracias a la reserva de ley que prevé el art. 33.2 CE).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la vivienda tiene una naturaleza prestacional en el Derecho español de difícil exigibilidad ante los tribunales (como un derecho subjetivo) atendiendo a su regulación en la CE y a la ausencia de una protección adecuada en el plano europeo e internacional. En este sentido, la doctrina del TEDH ofrece vías para conseguir a una mayor justiciabilidad de este derecho, algunas de ellas todavía no exploradas en profundidad, pero que plantean sin embargo problemas prácticos. En efecto, todavía queda un largo camino para que el TEDH explore con mayor detenimiento la imbricación de los derechos humanos regulados en el CEDH con el derecho a la vivienda respecto a las obligaciones positivas[143], que a día de hoy solo ha tenido lugar en supuestos determinados. Además, la conexión del derecho a la vivienda con otros derechos fundamentales plantea el problema de delimitar qué elementos de aquél formarían parte de estos últimos, si bien es relevante que el TJUE haya vinculado el derecho (fundamental) a la vivienda con el art. 7 CDFUE, que regula el derecho a la vida privada y familiar, lo que supone un paso adelante en la configuración del derecho a la vivienda como un derecho subjetivo. Y la delimitación del derecho de propiedad gracias a la función social tiene como límite el contenido esencial del derecho, que será delimitado en parte por el TC cuando resuelva los recursos planteados contra las legislaciones autonómicas. Por lo tanto, la justiciabilidad del derecho a la vivienda en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares gracias la jurisprudencia del TEDH sigue siendo limitada, lo que puede predicarse de otros derechos sociales[144], pero pueden encontrarse ejemplos que permiten comprobar su paulatina relevancia en nuestro ordenamiento jurídico como los recientes casos Yordanova y Winterstein, las medidas cautelares expuestas interpuestas por el TEDH. Mayores problemas plantea si cabe la aplicación de la doctrina del TEDH a los conflictos entre particulares, que genera una discusión en torno a la prevalencia de las normas de Derecho público (principios y disposiciones constitucionales) sobre las normas de Derecho privado que legitiman a los particulares a recuperar la posesión de la vivienda en caso de impago del alquiler o del préstamo hipotecario. Habrá que estar pendientes, pues, de la evolución de la doctrina del TEDH y de su recepción en nuestro ordenamiento jurídico.

NOTAS

1. Sobre ello vid. NASARRE AZNAR, Sergio (Dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, *in toto*; y VINUESA ANGULO, Julio, *El festín de la vivienda: Auge y caída del negocio inmobiliario en España*, Madrid, 2013, in toto.

2. Efectivamente, de acuerdo con el Consejo General del Poder Judicial, más de 400.000 ejecuciones hipotecarias han tenido lugar desde el año 2008, aunque no se distingue entre el tipo de vivienda (primera o segunda residencia, locales comerciales, etc.). Fuente: http://www.poderjudicial.es/ (última visita 10 de julio de 2014). Y de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, el número de ejecuciones hipotecarias iniciadas en el primer trimestre de 2014 es de 32.565, lo que supone un 10,4% más que el cuarto trimestre de 2013 y un 19,5% más que en el mismo trimestre de 2013" (Fuente: http://www.ine.es/daco/daco42/eh/eh0114.pdf, última visita 10 de julio de 2014). Por su parte, los lanzamientos que tienen su origen en alquileres ya fueron en 2013 superiores a los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias (Fuente: http://www.poderjudicial.es/, última visita 10 de julio de 2014), que también han sido iniciados por las administraciones públicas (de ello se hacen eco las siguientes noticias: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/04/24/paisvasco/1398346063_316120.html; y http://www.hoy.es/extremadura/201407/01/fomento-ejecutado-desahucios-viviendas-20140701225810.html, última visita 10 de julio de 2014). En la actualidad existe un Proyecto europeo concedido por la Dirección General de Servicios Sociales para los años 2014-2015 (coordinado por la Universidad Rovira i Virgili, la *National University* de Galway, FEANTSA y la *Human European Consultancy*)

que busca identificar las principales causas de los desahucios en cada país miembro de la Unión Europea así como facilitar estadísticas reales sobre los mismos.

3. Representan un 13,7%, de un total de 25.208.623 viviendas. Fuente: Censos de Población y Viviendas 2011. Edificios y viviendas. Datos provisionales. 18 de abril de 2013. Disponible en: http://www.ine.es/prensa/np775.pdf.

4. Ver en este sentido PISARELLO, Gerardo, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", en PISARELLO, Gerardo (Ed.), *Los Derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 35 y 36.

5. Así lo proclama expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002\4826).

6. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/ (última visita 10 de julio de 2014).

7. BOE 30 abril 1977, núm. 103, p. 9337.

8. Concretamente en el art. 34.3, que hace referencia a la protección de la seguridad social y la asistencia social. Disponible en: http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/ (última visita 10 de julio de 2014).

9. Disponible en: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF (última visita 10 de julio de 2014).

10. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

11. BOE 12 enero 1991, núm. 11, p. 1087.

12. O´BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, BATES, Edward, BUCKLEY, Carla y HARRIS, David, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford university Press, 2009, pp. 361 y 362. Este hecho también ha venido motivado por la falta de concreción de algunos de los conceptos del art. 8 CEDH. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TEDH (en adelante, STEDH) de 28 enero de 2003 (JUR 2003\50030, caso Peck contra Reino Unido) el TEDH afirmó que la "Vida privada es un término amplio no susceptible de una definición exhaustiva" (apartado 57).

13. En este sentido, la doctrina afirma que "los derechos que protege este artículo forman un todo y en cierto modo constituye el marco que encuadra la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual", ver CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, 2012, p. 324. Ver también ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en LASAGABASTER, Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª Ed., Civitas, 2009, pp. 294 y 295.

14. CASADEVALL, Josep, ob. cit., p. 349.

15. FOX, Lorna, *Conceptualising Home. Theories, Laws and Policies*, Hart Publishing, 2007, pp. 460 y 461.

16. Vid. *infra* epígrafe 3.

17. STEDH de 17 de octubre de 2013 (JUR 2013\321282). Caso Winterstein y otros contra Francia. Apartado 141.

18. STEDH de 25 de septiembre de 1996 (TEDH 1996\42). Caso Buckley contra Reino Unido. Apartados 54 y 55.

19. STEDH de 16 de diciembre de 1997 (TEDH 1997\101). Caso Camenzind contra Suiza. Apartado 35.

20. Caso Khatun and 180 Other v. The United Kingdom de 1997. Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/ (última visita 10 de julio de 2014).

21. En la STEDH de 29 de mayo de 2012 (JUR 2012\179449, Caso Bjedov contra Croacia) se consideró como hogar una vivienda en la que el demandante no había vivido de forma continuada durante 10 años.

22. STEDH de 24 de abril de 2012 (JUR 2012\142849). Caso Yordanova and others contra Bulgaria; y de 18 de febrero de 1999 (TEDH 1999\5, caso Larkos contra Chipre).

23. STEDH de 18 de enero de 2001 (TEDH 2001\46, caso Chapman contra Reino Unido, apartado 99).

24. Apartado 25.

25. TEDH 1985\4. Caso X e Ycontra Países Bajos. Apartado 23.

26. STEDH de 24 de febrero de 1988 (TEDH 1998\60). Caso Botta contra Italia. Apartado 33.

27. De acuerdo con CASADEVALL, ob. cit., p. 151.

28. Tal y como defienden MORTE GÓMEZ, Carmen y SALINAS ALCEGA, Sergio, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en EMBID IRUJO, Antonio (Coord.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 379 y ss. Sobre el resto de posibles vías, vid. *infra* los siguientes epígrafes B y C.

29. TEDH 1994\3. Caso López Ostra contra España.

30. a) Por ejemplo, respecto a la contaminación industrial de un complejo siderúrgico (STEDH de 9 junio de 2005 —JUR 2005\137337—, caso Fadeyeva contra Rusia), el nivel de ruidos producidos por una discoteca situada en una zona declarada "acústicamente saturada" (STEDH de 16 de noviembre de 2004 —TEDH 2004\68—, caso Moreno Gómez contra España), o la limpieza del lecho del río de basura y residuos (STEDH de 28 de febrero de 2012 —JUR 2012\75099—, caso Kolyadencko and others contra Rusia).

31. De acuerdo con la Observación General 4ª sobre el derecho a una vivienda adecuada de 1991, elaborada por el Comité Europeo de Derechos Humanos (disponible en http://www.unhchr.ch/, última visita 10 de julio de 2014), los elementos restantes son los siguientes: a) la seguridad jurídica de la tenencia; b) la disponibilidad en la vivienda de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras mínimas; c) los gastos o costes de la vivienda, que han de ser soportables (en el sentido de que otras necesidades básicas no se han de poner en peligro); d) la accesibilidad para los grupos desfavorecidos; e) la ubicación, permitiendo el acceso a los servicios de atención de salud, las escuelas, etc.; y f) la adecuación cultural, por ejemplo en relación con la manera y la forma en que la vivienda se construye.

32. Final decision as to the admissibility of Application no. 36448/97. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/ (última visita 10 de julio de 2014).

33. "A refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual".

34. *Sobre ello* vid. *ARZOZ SANTISTEBAN, X., ob. cit., pp. 297 y ss.*

35. El art. 8.2 CEDH prohíbe a la autoridad pública realizar cualquier injerencia en estos derechos, salvo que esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. En el segundo caso la entidad local buscaba mejorar el medioambiente urbano y construir instalaciones modernas para superar los riesgos derivados de la situación de insalubridad.

36. Sin que la palabra "necesaria" sea sinónimo de "indispensable" ni tenga la flexibilidad de términos como "admisible", "normal", "útil", "razonable" u "oportuno (STEDH de 25 de marzo de 1983 —TEDH 1983\4—, caso Silver y otros contra Reino Unido, apartado 97).

37. CASADEVALL, J., ob. cit., p. 173.

38. SSTEDH de 24 de abril de 2012, apartado 111; y de 13 de mayo de 2008 (TEDH 2008\30). Caso McCann contra Reino Unido. Apartado 48.

39. JUR 2007\298821. Caso Stankova contra Eslovaquia. Apartados 60 y 61.

40. STEDH de 16 de julio de 2009 (JUR 2009\338408). Caso Zehentner contra Austria. Apartado 65. En este caso no se nombró a un tutor hasta después del lanzamiento.

41. TEDH 2013\89. Caso Skrtic contra Croacia. Apartados 34 a 37.

42. *Decision on the merits* de 20 de octubre de 2009 a la Reclamación Colectiva 47/2008, apartado 41. Disponible en: http://www.errc.org/cms/upload/file/decision-on-the-merits-by-the-european-committee-of-social-rights.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

43. Ver en este sentido la STEDH de 17 de octubre de 2013 (caso Winterstein), apartado 148.

44. b) Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE 27 noviembre 2009, núm. 286).

45. Votos particulares de la STC de 4 de noviembre de 2013 (RTC 2013\188).

46. STC de 25 de octubre de 1993 (RTC 1993\303).

47. RTC 2001\119. El TC concluye que una "exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida". Esta doctrina se cita de nuevo en la STC de 23 de febrero de 2004 (RTC 2004\16).

48. Disponible en: http://www.caesasociacion.org/. Caso Raji and Others v. Spain (última visita 10 de julio de 2014).

49. Versión en vigor desde el 1 de enero de 2014, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

50. Mohamed RAJI and others against Spain. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/ (última visita 10 de julio de 2014).

51. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/ (última visita 10 de julio de 2014).

52. Caso Ceesay Ceesay y otros contra España.

53. El SAREB es una entidad privada creada en noviembre de 2012 para ayudar al saneamiento del sector financiero español**,** y en concreto de las entidades que arrastraban problemas debido a su excesiva exposición al sector inmobiliario. Más información: http://www.sareb.es (última visita 10 de julio de 2014).

54. Fuente: Agencia Catalana de Vivienda, 4-12-2013 (http://www.agenciahabitatge.cat/wps/wcm/connect/f7b49b804229215394def4eb700eaf82/04-12-13+NP+SALT.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f7b49b804229215394def4eb700eaf82, última visita 10 de julio de 2014). Ver asimismo: http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2013/11/TEDH.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

55. Atendiendo al estudio de HUMAN RIGHTS WATCH, *Sueños rotos: El impacto de la crisis española de la vivienda en grupos vulnerables*, 2014, p. 30. Disponible en http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain0514sp_ForUpload.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

56. Solicitud N º 77842/12, Caso A.M.B. y otros contra España. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/ (última visita 10 de julio de 2014).

57. TEDH 2014\6.

58. Disponible en http://www.17demarzo.org/sites/default/files/demanda%20CORRALA%20definitva.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

59. Fuente: http://sevillareport.com/sevillahoy/tribunal-europeo-derechos-humanos-estrasburgo-autoriza-desalojo-corrala-utopia/ (última visita 10 de julio de 2014).

60. STEDH de 21 de junio de 1988 (TEDH 1988\17). Caso Plattform "Ärzte Für Das Leben" contra Austria. Apartados 31 a 34.

61. Principalmente, la asistencia prevista por el Instituto madrileño de la familia y de los menores y de los servicios sociales, que ayudarían a procurar a la demandante una vivienda de urgencia temporalmente mientras se encuentre una solución definitiva (estos servicios actuarían de oficio ante un desalojo).

62. La doctrina considera que en el caso Yordanova el alcance de la obligación positiva de proporcionar alojamiento parece estar ligada a la obligación negativa de no desalojar arbitrariamente a las personas vulnerables de sus hogares. Por lo tanto, si los Estados planean desalojar a los miembros de un grupo vulnerable de su asentamiento ilegal, deben considerar primero si el desalojo lo dejaría sin hogar, ver PERONI Lourdes y TIMMER Alexandra, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", **International Journal of Constitutional Law, *nº 4,*** 2013, p. 1078.

63. c) Por ejemplo, el Decreto catalán 75/2014, de 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda (DOGC 29 mayo 2014, núm. 6633) prevé programas sociales tendentes a ayudar a las personas en riesgo de exclusión social que tienen dificultades en el momento de acceder a una vivienda o de pagar el alquiler o las cuotas de amortización hipotecarias (arts. 8 y siguientes). Además, el propio art. art. 135 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (BOE 7 julio 1986, núm. 161, p. 24561), prevé que "Las Corporaciones locales podrán resolver, por sí, en vía administrativa, los contratos de arrendamiento de viviendas de protección oficial de su propiedad, en los casos y formas previstos en la legislación especial aplicable".

64. EUROSTAT, *Housing Statistics in the European Union. Income and Living Conditions* (2010).

65. Un claro ejemplo es la STC de 4 de noviembre de 2013. De hecho, de acuerdo con la doctrina el TC tampoco "se ha parado en analizar el contenido de ningún derecho social concreto, ni ha deducido del reconocimiento del mismo, obligaciones positivas claras exigibles a los poderes públicos", ver CREGO, María Díaz, "El tribunal constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, enero-junio 2012, p. 29.

66. Vid. *infra* epígrafe B.b).

67. BOE 8 enero 2000, . 7, p. 575.

68. BOE 25 noviembre 1994, núm. 282, p. 36129.

69. ADÁN DOMÈNECH, Frederic, *Los procesos verbales arrendaticios*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 34. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 19 de septiembre de 2007 (JUR 2007\329886) afirma que dado el carácter sumarial del proceso "consecuentemente se excluyen las cuestiones que afecten a la propiedad, a la nulidad del título y, en general, las cuestiones "complejas" derivadas, no de las alegaciones del demandado, sino del contenido del contrato". De ello se deduce que a pesar de que la AP entienda que algunas cuestiones conexas a las previstas en el art. 205.1.1 LEC puedan plantearse en el proceso, no tenga cabida en nuestra opinión la alegación de las repercusiones que el desahucio pueda tener en la vida privada y familiar del demandado.

70. JUR 2009\427536. Caso Paulic contra Croacia.. Apartados 44 y 45.

71. BOE 7 septiembre 1968, núm. 216.

72. d) Así tiene lugar por ejemplo en Cataluña, arts. 152 y siguientes del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales (DOGC 2 diciembre 1988, núm. 1076, p. 28278). A nivel estatal se recoge este procedimiento con carácter general en los arts. 41.1.d) y 58 a 60 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE 4 noviembre 2003, núm. 264, p. 38924).

73. Ver en este sentido las conclusiones de RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *La potestad de desahucio administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, pp. 437 y ss.

74. *Ex* art. 8.6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE 14 julio 1998, núm. 167, p. 23516).

75. e) Art. 96.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 noviembre 1992, núm. 285, p. 40300). El auto es recurrible

en un solo efecto de acuerdo con el art. 80.1.d de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE 14 julio 1998, núm. 167, p. 23516).

76. Así, de acuerdo con RUIZ LÓPEZ, M. A., ob. cit., p. 409, el juez analiza: a) La correcta identificación del interesado y del domicilio, verificando que la notificación se practica dejando constancia al afectado de su contenido; b) La realidad del acto administrativo que se pretende ejecutar, que debe estar en fase ejecutiva —requiriendo la entrada domiciliaria— y no haber sido suspendido en sede administrativa o jurisdiccional; c) *Prima facie*, que el acto es dictado por una Administración habilitada para ejercer la potestad de desahucio a través del órgano competente (STC 144/1987, de 23 de septiembre); d) El examen —también *prima facie*— del procedimiento, a fin de descartar posibles irregularidades; y e) Que la entrada en el domicilio se realiza sin más limitaciones de los derechos fundamentales implicados que las que resulten estrictamente necesarias. Ello implica aplicar el principio de proporcionalidad a la entrada del domicilio, que se centra en aspectos como constatar que se está ante un domicilio constitucional y concretar el objeto de la misma, los sujetos legitimados y el día o margen de días en que tendrá lugar, lo que plantea serias dudas acerca de la posibilidad de que el juez pueda entrar a valorar el impacto de la actuación en el derecho a la vivienda de los desalojados.

77. STEDH de 21 de junio de 2011 (JUR 2011\212900). Caso Orlic contra Croacia. Apartado 66.

78. PISARELLO, G., ob. cit., pp. 56 y ss., para quien esta posibilidad sería menos gravosa que una reforma constitucional que considerara el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, pp. 44 y ss. En el mismo sentido, MORTE GÓMEZ y SALINAS ALCEG, ob. cit., pp. 385 y ss.

79. *Sobre la vinculación del derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la vivienda, vid. KENNA, ob. cit., pp. 489 y ss.*

80. La STEDH de 9 de octubre de 1979 (TEDH 1979\3, Caso Airey contra Irlanda) afirmaba que "si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el ámbito del Convenio" (apartado 26).

81. Por ejemplo, a la Observación General nº 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1997. Disponible en: http://www.escr-net.org/docs/i/428701 (última visita 10 de julio de 2014).

82. Así lo afirma REMICHE, Adélaïde, "*Yordanova and Others v Bulgaria:* The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home", *Human Rights Law Review*, nº 4, 2012: "it is submitted that Yordanova demonstrates that the Article 8 right to respect for one's home is not interpreted in isolation from the right to adequate housing, protected by the ICESCR and the ESR", p. 794.

83. STEDH de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004\158847). Caso Connors contra Reino Unido. Apartado 82.

84. STEDH de 11 de julio de 2002 (JUR 2002\181176). Caso Christine Goodwin contra Reino Unido.

85. JUR 2009\338774. Caso Olaru y otros contra Moldavia. Apartados 53 a 61.

86. TEDH 2005\138. Caso Xenides-Arestis contra Turquía.

87. TEDH 1995\34. Caso Scollo contra Italia.

88. "SARIGIANNIDIS, Miltiadis y PERVOU, Ioanna, "Adequate housing: seeking justiciability through the right to property", *International Journal Human Rights and Constitutional Studies*, Vol. 1, No. 1, 2013, pp. 33 y 35.

89. A mayor abundamiento, en la STEDH de 24 de junio de 2003 (JUR 2003\125160, caso Stretch contra Reino Unido), el TEDH sostuvo que la protección de los propios bienes incluía tutelar la expectativa de un arrendatario de renovar el contrato de arrendamiento, y en la STEDH de 3 de mayo 2012 (JUR 2012\150055, caso Gasimova and others contra Azerbaijan) diversas sentencias firmes quedaron sin ejecutar durante más de doce años sin que las autoridades actuasen con diligencia para agilizar estos desalojos. De esta manera, considera el TEDH que se violó el art. 1 del Protocolo y el art. 6.1 CEDH. Casos similares son los de la SSTEDH de 22 de abril de 2010 (JUR 2010\121700, caso Gulmammadova contra Azerbaiyán), donde el arrendador tuvo que esperar más de siete años, y de 2 de diciembre de 2010 (JUR 2010\396591, caso Sud est Realisations contra Francia), en la que el tiempo de

espera fue de catorce años. Si en estos casos se entiende vulnerado el derecho a la propiedad, lo mismo debe afirmarse, *a fortiori*, en cuanto a la recuperación de la propiedad por parte del propietario en caso de impago de la renta o del préstamo hipotecario.

90. STC de 20 de julio de 1988 (RTC 1988\152).

91. Así, la STC de 14 de febrero de 1991 (RTC 1991\36) afirma que los principios recogidos en el Capítulo III del Título I, incluido el derecho a la vivienda, "no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables". En el mismo sentido, Auto JPI núm. 5 de Cartagena de 6 de febrero de 2013 (AC 2013\1033) y STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005 (JUR 2005\205339). Por su parte, el Auto TC de 20 de Julio de 1983 (RTC 1983\359) afirma que del art. 47 CE no nacen derechos susceptibles de amparo constitucional.

92. En efecto, sobre la distintas interpretaciones del art. 47 CE, por ejemplo la de Julio Tejedor, *vid*. en general GARCÍA CANTERO Gabriel, Prólogo a la obra de ALONSO PÉREZ, Mª Teresa (Dir.), *Vivienda y Crisis Económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Aranzadi, 2014, pp. 37 y ss.

93. Este es el caso de LÓPEZ RAMÓN, quien argumenta que "no encontramos en la formulación legal de ese derecho ninguna restricción que impida identificarlo como un derecho subjetivo, esto es, siguiendo la clásica formulación civilista, como una situación de poder tutelada por el ordenamiento jurídico cuyo contenido puede ser exigido por vía judicial. Se trata de un derecho personal explícitamente reconocido en una norma de rango legal", ver LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 15 y 16, y reclama la promulgación de una serie de políticas tendentes a hacerlo realidad, que deberían incidir en el acceso a una vivienda de calidad, la conservaciónd e la misma y el derecho a obtener su propiedad en condiciones de mercado que excluyan su especulación.

94. Ver PONCE SOLÉ, Juli, "L'efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya i el paper del dret urbanístic: esperances en ple drama?", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 46, 2013, pp. 148 y ss. Este autor concluye que "les retallades pressupostàries poden suposar vulnerar el dret a l'habitatge (i altres drets) si afecten el nucli vital o essencial del dret, vinculat a la dignitat de la persona (en la determinació del qual el tercer sector hi pot tenir un destacat paper contributiu)", p. 159.

95. Así lo defienden ALGUACIL DENCHE, Aitana *et al*, *La vivienda en el siglo XXI. Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Fundación FOESSA, Madrid, 2013, pp. 380 y 381; y SOTO LOSTAL, Salvador, "Regresividad, derechos constitucionales y Estado social", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2/2013, julio-diciembre 2013, p. 60.

96. Ver en este sentido GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dykinson, 2013, quien concluye que "No cabe duda de que sin vivienda no es posible garantizar el derecho a la vida, la salud, la educación, la participación política, el trabajo, la inviolabilidad del domicilio o el pleno desarrollo de la personalidad y hasta el derecho a la ciudad cada vez contemplado más como derecho en los documentos internacionales pero es que tampoco libertades clásicas como la religiosa tienen cabida en nuestro ordenamiento si antes no ha quedado suficiente y claramente protegido el derecho a la vivienda entendido como derecho a un urbanismo racional y razonable", p. 48.

97. RTC 2001\119. En este caso se establece un nexo entre el derecho a la intimidad (el que se alegaba en el recurso de amparo) y una de las vertientes del derecho a la vivienda. El demandante se quejaba de la exposición prolongada al ruido. En este sentido se posiciona CREGO, Mª D., ob. cit., p. 24.

98. RJ 2006\5973.

99. AC 2013\726.

100. BOE 31 diciembre 1990, núm. 313, p. 38897. El art. 27.1 establece que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

101. En este sentido, la STS de 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8348) expone la relación entre el derecho a la vida privada y familiar con la dignidad de la persona.

102. Vid. *supra* epígrafe A.b).

103. Disponible en: http://alrevesyalderecho.infolibre.es/wp-content/uploads/2013/07/ETJ-244.13-providencia-3.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

104. Fuente: http://www.prodeni.org/Justicia%20y%20menores/Una_jueza_frena_la_personaci%C3%B3n_de_un_fondo_buitre_para_evitar_el_deshaucio_de_tres_menores_2014_05_29.htm (última visita 10 de julio de 2014).

105. Así se pronuncia la STC de 17 de enero de 2002 (RTC 2002\10) y la STS de 10 de octubre de 2008 (RJ 2008\7259).

106. RTC 1999/69.

107. Así lo defienden ALGUACIL DENCHE, A. *et al*, ob. cit., pp. 380 y 381; y SOTO LOSTAL, Salvador, "Regresividad, derechos constitucionales y Estado social", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2/2013, julio-diciembre 2013, p. 60.

108. En este sentido se posiciona GARCÍA MORALES: "Ciertamente, esta estrategia presenta evidentes limitaciones. Por un lado, porque la adopción de una estrategia de defensa de los derechos sociales por conexión supone, implícitamente reconocer la no justiciabilidad directa de estos derechos; por otro, porque sus efectos tienen alcance, en principio sólo para el caso juzgado, y adicionalmente porque en realidad son pocos los casos susceptibles de ser reformulados en términos de conexividad", ver GARCÍA MORALES, Aniza, "La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales", en PISARELLO, G. (ed.), ob. cit., pp. 30 y 31.

109. JUR 2014\224808. Asunto C-34/13. Caso Monika Kušionová contra SMART Capital a.s. Apartado 65.

110. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOL 21 abril 1993, núm. 95, p. 29).

111. MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., ob. cit., pp. 384 y 385.

112. STEDH de 21 de febrero de 1988 (TEDH 1986\2). Caso James y otros contra Reino Unido. Apartado 47.

113. JUR 2014\22351. Caso Bitto y Otros contra Eslovaquia. Apartados 30 a 32 y 38.

114. No sucede en este caso lo mismo que en la STEDH de 12 de junio de 2012 (JUR 2012\196330, Caso Lindeheim and others contra Noruega), que sí entendió que existía una injerencia en el derecho de propiedad.

115. TEDH 1989\23. Caso Mellacher y otros contra Austria. Apartados 48 a 57.

116. TEDH 1995\47. Caso Velosa Barreto contra Portugal. Apartado 24 y 25.

117. Sobre ella ver en mayor profundidad NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, pp. 3095 y ss.

118. Disposición Adicional 2ª del Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para garantizar la función social de la vivienda (BO Junta de Andalucía 11 abril 2013, núm. 69, p. 67).

119. Providencia de 11 de julio de 2013, sobre la base del recurso de inconstitucionalidad (arts. 161 y 162 CE) número 4286-2013, promovido por el Presidente del Gobierno (JUR 2013\306512).

120. A través de la Ley 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (BO Navarra 12 julio 2013, núm. 133, p. 7854).

121. Providencia de 5 de noviembre de 2013. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2013_075/P%206036-2013.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

122. f) Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30-1-2003, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda (BO Canarias 27 junio 2014, núm. 123, p. 16918).

123. GARCÍA MONTORO, Lourdes, "Llamada de atención al gobierno español: el TEDH paraliza cautelarmente el derribo de una vivienda hasta que la familia encuentre otra alternativa", Noticia de 26 de febrero de 2013. Disponible en: www.uclm.es/centro/cesco.

124. Application no. 2408/06. 25 de marzo de 2010 (Caso Belchikova contra Russia). Disponible en: http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/russia/2010/03/25/belchikova-v-russia-98298-2408-06.shtml (última visita 10 de julio de 2014).

125. Wood v United Kingdom (1997) 24 EHRR CD69. Application No. 32540/96.

126. Vid. *supra* epígrafe B.a).

127. CASADEVALL, J. ob. cit., p. 157.

128. RTC 1981\4.

129. RIVERO HERNÁNDEZ afirma en este sentido que los principios constitucionales "no dejan de serlo aun reconocidos en la Norma fundamental, expresos o implícitos en ella, están al más alto nivel, por que su aplicación no puede ir después de la ley y la costumbre (art. 1.4), y su eficacia es incluso derogatoria de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ellos (que son su constitución […] Por otro lado, la Constitución ha positivizado algunos principios, con lo que estos pasan a ser aplicados en cuanto ley, es decir, al amparo del artículo 1.1 CC, y no como principios *ex* artículo 1.4", ver RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Las fuentes del Derecho privado", en RAMS ALBESA, Joaquín (Dir.), *Tratado de Derecho Civil, Normas Civiles y derecho subjetivo*, Vol. 2, Iustel, Madrid, 2014, p. 98.

130. RTC 1982\19.

131. Ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007 (BOE 21 abril 2008, núm. 96, p. 20648).

132. Así, el art. 1 de los ***Principios*** de Naciones Unidas a ***Favor de las Personas*** de Edad de 1991 establece que "Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia". Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/1640_20120508172005.pdf (última visita 10 de julio de 2014).

133. Sobre el abuso del derecho, ver SIMÓN MORENO, Héctor, "El ejercicio de los derechos: influencia de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1973-74 y la pervivencia de su ideología tras el proceso constitucional", en RAMS ALBESA, J., ob. cit., p pp. 379 a 470.

134. Ver sobre ello SIMÓN MORENO, H., ob. cit., pp. 447 y 449.

135. RJ 2013\7804.

136. BOE 23 julio 1960, núm. 176, p. 10299.

137. Sobre el abuso del derecho, vid. *in toto* SIMÓN MORENO, H., ob. cit., pp. 379 a 470.

138. Vid. SIMÓN MORENO, H., ob. cit., p. 441.

139. En este sentido, la doctrina plantea que "The effect of Art 8(2) on landowners has the potential, therefore, to invert certainty-based land law principles and replace them with justice-based land law. It is a moot point whether the European Convention impacts only on public authority landowners", ver PASCOE, Susan, "Europe, human rights and land law in the 21st century: An English example", *Property Law Review*, 1 (3), 2011, p. 15. Disponible en: http://eprints.mdx.ac.uk/8630/.

140. Fox plantea en estos casos un análisis que mantenga el equilibrio: "In the event of a clash between the competing claims of the creditor (under Article 1 of Protocol 1) and the occupier (under Article 8) the court could begin by considering the occupier´s right to respect home under Article 8(1), and the justifications for ´interfering`with that right (in the interests of the creditors) under Article 8(2); then consider the creditor´s right to property under Article 1 of the First Protocol and the justifications for ´interfering`with that right under the second paragraph in view of the ´public interest`of the occupier; and finally, assess the extent to which each right would be damaged by the interference in question", p. 474.

141. JUR 2012\384369.

142. ARP 2013\865.

143. Así concluía hace unos años KENNA, cuya reflexión sigue siendo válida en la actualidad: "La pregunta de cómo el sistema de derechos humanos articulado en torno al TEDH con sus obligaciones positivas pueda interactuar o influir en los sistemas de vivienda en los Estados europeos continúa sin respuesta", ver KENNA, Padraic, "El derecho a la vivienda en Europa, deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", *Revista de derecho político* (Ejemplar dedicado a: Sobre la reforma electoral), nº 74, 2009, p. 499.

144. "Aunque debe destacarse la labor del TEDH por dotar de contenido social a algunos derechos del Convenio de Roma, especialmente a partir de los artículos 2, 3, 4, 8 y 14" sin embargo su carácter concreto, ligado al caso, no supone el reconocimiento de derechos sociales con carácter general y difícilmente puede garantizar una legislación social concreta en los Estados miembros", PÉREZ

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ADÁN DOMÈNECH, Frederic, *Los procesos verbales arrendaticios*, Bosch, Barcelona, 2010.

ALBERDI, Mª Reyes, "La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2011, julio-diciembre 2011.

ALGUACIL DENCHE, Aitana *et al*, *La vivienda en el siglo XXI. Diagnóstico del modelo residencial y propuestas para otra política de vivienda*, Fundación FOESSA, Madrid, 2013.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en LASAGABASTER, Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª Ed., Civitas, 2009.

CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, 2012.

COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Observación General 4ª sobre el derecho a una vivienda adecuada de 1991.

GARCÍA MONTORO, Lourdes, "Llamada de atención al gobierno español: el TEDH paraliza cautelarmente el derribo de una vivienda hasta que la familia encuentre otra alternativa", Noticia de 26 de febrero de 2013.

GARCÍA MORALES, Aniza, "La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales", en PISARELLO, Gerardo (Ed.), *Los Derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

CREGO, María Díaz, "El tribunal constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, enero-junio 2012.

EUROSTAT, *Housing Statistics in the European Union. Income and Living Conditions* (2010).

GARCÍA CANTERO Gabriel, Prólogo a la obra de ALONSO PÉREZ, Mª Teresa (Dir.), *Vivienda y Crisis Económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Aranzadi, 2014.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dykinson, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Sueños rotos: El impacto de la crisis española de la vivienda en grupos vulnerables*, 2014.

KENNA, Padraic, "El derecho a la vivienda en Europa, deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", *Revista de derecho político* (Ejemplar dedicado a: Sobre la reforma electoral), nº 74, 2009.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

MORTE GÓMEZ, Carmen y SALINAS ALCEGA, Sergio, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en EMBID IRUJO, Antonio (Coord.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009.

NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 2013.

O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, BATES, Edward, BUCKLEY, Carla y HARRIS, David, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford university Press, 2009.

PASCOE, Susan, "Europe, human rights and land law in the 21st century: An English example", *Property Law Review*, 1 (3), 2011.

PÉREZ ALBERDI, Mª Reyes, "La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2011, julio-diciembre 2011.

PERONI Lourdes y TIMMER Alexandra, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", International Journal of Constitutional Law***, nº 4,*** 2013.

PISARELLO, Gerardo, "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español", en PISARELLO, Gerardo (Ed.), *Los Derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.

PONCE SOLÉ, Juli, "L´efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya i el paper del dret urbanístic: esperances en ple drama?", *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 46, 2013.

REMICHE, Adélaïde, "***Yordanova and Others v Bulgaria***: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home", Human Rights Law Review, nº 4, 2012.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Las fuentes del Derecho privado", en RAMS ALBESA, Joaquín (Dir.), *Tratado de Derecho Civil, Normas Civiles y derecho subjetivo*, Vol. 2, Iustel, Madrid.

RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *La potestad de desahucio administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

SARIGIANNIDIS, Miltiadis y PERVOU, Ioanna, "Adequate housing: seeking justiciability through the right to property", *International Journal Human Rights and Constitutional Studies*, Vol. 1, No. 1, 2013.

SIMÓN MORENO, Héctor, "El ejercicio de los derechos: influencia de la reforma del Título preliminar del Código civil de 1973-74 y la pervivencia de su ideología tras el proceso constitucional", en RAMS ALBESA, Joaquín (Dir.), *Tratado de Derecho Civil, Normas Civiles y derecho subjetivo*, Vol. 2, Iustel, Madrid, 2014.

Fecha de recepción: 15 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

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

MAY TENANCIES BE AN EFFECTIVE ALTERNATIVE TO OWNERSHIP AS A WAY TO ACCESS TO HOME? A LEGAL COMPARATIVE PORTUGAL-SPAIN-MALTA

Sergio Nasarre Aznar

Maria Olinda Garcia

Kurt Xerri

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 lo sistemas arrendaticios 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

ABSTRACT

Authors and social sectors defend tenancies as an effective alternative to home ownership. However, ownership entails a range of values, among others, stability, which makes it attractive enough. Quite often, urban leases do not offer the advantages and/or enough guarantees neither for landlords nor for tenants to make them an attractive type of housing tenure. This work analyses tenancies" legal frameworks in Spain, Portugal and Malta, including the last legal modifications towards the increase of the liberalization of the contractual relationship, in order to discuss whether their urban leases, according to their legal configuration, are a true alternative to homeownership.

KEYWORDS

Leases, Homeownership, Tenure, Housing, Tenancies, Spain, Portugal, Malta

¿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
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Roviri i Virgili

María Olinda García
Profesora de la Facultad de Derecho
Universidad de Coimbra

Kurt Xerri
Investigador en Derecho Civil
Universidad de Malta*

Sumario: 1. La crisis y la forma de tenencia. Los factores que influyen en la elección de ésta. 2. ¿Propiedad o alquiler? Análisis de los factores que influyen en los diferentes sistemas nacionales. A. España. B. Portugal. a) Nuevo régimen de arrendamiento urbano. b) Nueva legislación sobre crédito hipotecario para compra de vivienda. c) Opción por alquilar o por comprar una vivienda. C. Malta. 4. Conclusiones. Nota bibliográfica

* Cada autor lo es de lo explicitado para su país de origen. Son de elaboración común el punto 1 y las conclusiones. El presente trabajo ha sido posible gracias a la participación del Dr. Sergio Nasarre, como director, en el Proyecto "Las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda" del Ministerio de Economía y Competitividad (Ref. DER2012-31409) y la participación de todos los autores en el Proyecto TENLAW de la Comisión Europea (Ref. 290694).

1. LA CRISIS Y LA FORMA DE TENENCIA. LOS FACTORES QUE INFLUYEN EN LA ELECCIÓN DE ÉSTA

Desde el inicio de la crisis en 2007, que está afectando especialmente a diversos países mediterráneos (entre ellos España[1] y Portugal[2], no así Malta[3]), se está poniendo énfasis desde algunos sectores económicos y sociales en que la solución a la crisis o para evitar una nueva es promocionar el alquiler de vivienda en detrimento de la promoción de la vivienda en propiedad[4].

Si bien es cierto que una de las causas del estallido de la crisis en Estados Unidos ha sido la generalización desmedida de la vivienda en propiedad en aquel país[5], y que ésta se está viendo seriamente afectada por los impagos desde entonces en diversos países europeos que han visto incrementados sus desahucios (España entre ellos, pero también los Países Bajos, Austria y Finlandia[6]), los siguientes elementos deben también tenerse en cuenta a la hora de valorar el sustituir la vivienda en propiedad por la vivienda en alquiler:

a) Que el número total de ejecuciones hipotecarias sobre primera vivienda y de desahucios por alquiler urbano es muy parecido en España en el período 2010-2013 (alrededor de unos 150.000 para cada forma de tenencia), siendo incluso mayor el de alquileres en los últimos años. Ver Figura 1.

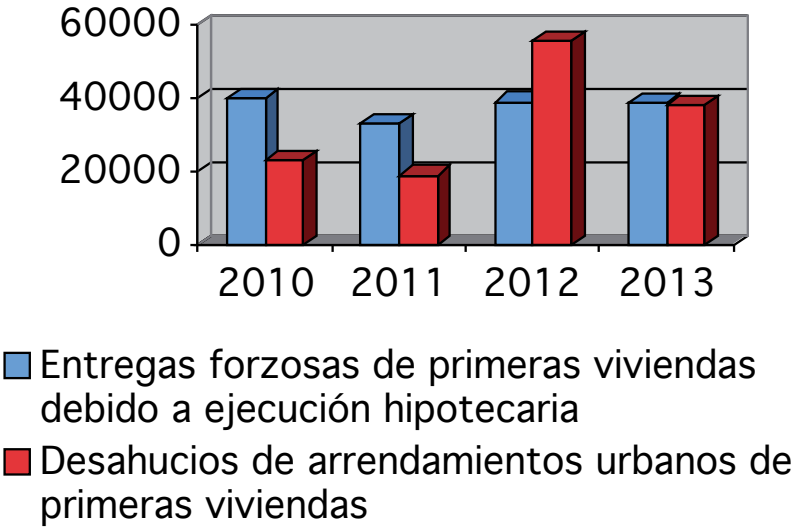

Figura 1. Entregas forzosas de primera vivienda y desahucios debidos a arrendamientos urbanos en España entre 2010 y 2013. **Fuente**: elaboración propia (Sergio Nasarre) con base a datos provistos por el Consejo General del Poder Judicial, el Colegio de Registradores de España, INE y Banco de España. Notas: Primera. los datos de entregas forzosas de primera vivienda debido a ejecuciones hipotecarias para 2010 y 2011 son datos aproximados (por inexistir los reales) utilizando una aproximación de 2012 en relación a entregas y procesos iniciados de ejecuciones hipotecarias de primera vivienda. Segunda. La gran diferencia entre 2010-2011 y 2012-2013 en desahucios por arrendamientos urbanos es debido a la baja participación de los tribunales en la encuesta en el período 2010-2011. Tercera. Algunos de los desahucios por arrendamientos urbanos pueden ser relativos a trasteros, garajes, etc.

b) Que la gran mayoría de ejecuciones hipotecarias fue de hipotecas concedidas entre 2004 y 2006 en España, el período más álgido del boom inmobiliario; lo que corrobora la tendencia de que las hipotecas que más se impagan son

las más recientemente concedidas (teniendo en cuenta que a partir de 2007 el número de hipotecas concedido bajó drásticamente)[7].

c) Que uno de los factores por los cuales la situación actual no es más grave en la tercera edad en España es precisamente porque la mayoría de nuestros mayores tiene una vivienda en propiedad ya pagada. Ello les ha posibilitado, cuando ha sido necesario, ayudar económicamente y/o acoger a sus hijos afectados por los desahucios[8]. Esto está en relación con que una mayor tasa de vivienda en propiedad es índice de mayor riqueza en un país, según la ONU[9]. En Portugal, a pesar de la liberalización de los nuevos arrendamientos en la Ley 31/2012, los inquilinos mayores de 65 años, con arrendamientos anteriores a 15.11.1990, siguen protegidos durante 5 años, pues las rentas están legalmente controladas. La situación de estos inquilinos será dramática cuando termine este tiempo de protección, pues tendrán de pagar rentas de mercado.

d) Que en los últimos 30 años, el índice de vivienda en alquiler ha disminuido en todos los países europeos, con la única excepción del Reino Unido (donde ha aumentado un 0,1%)[10]. Los estudios también revelan que las viviendas en alquiler tienen peores condiciones que las que están en propiedad[11]. Solo un país en Europa tiene mayor tasa de alquiler que de propiedad, que es Alemania. A ello contribuyen multitud de factores, como los históricos (solidaridad tras las necesidades de vivienda tras la Segunda Guerra Mundial), pero también financieros: las hipotecas alemanas se constituyen ordinariamente con un máximo del 60% del valor del inmueble debido a los requisitos de sus *Pfandbriefe* (§14 *Pfandbriefgesetz* 1995, versión 2014[12]), lo que implica que sus ciudadanos deben poner "de su bolsillo" el 40% restante, lo que habitualmente sucede alrededor de sus 45 años, cuando tienen cierta estabilidad laboral y familiar; es decir, básicamente no compran hasta esa edad porque antes no pueden.

e) En otros países, la propiedad y su especial protección tienen especial importancia por diversas razones. Así, a pesar de los altísimos índices de hipotecas impagadas, no se efectúan ejecuciones hipotecarias (Chipre) o éstas son prácticamente inexistentes (Irlanda) básicamente por la reticencia histórica de diversos gobiernos a expropiar vivienda en países que han sufrido (Irlanda) o están sufriendo (Chipre) ocupación extranjera. En Malta, por ejemplo, existe un proceso progresivo de adquisición de segundas residencias tanto de ciudadanos malteses como de extranjeros (especialmente británicos, que entre 2002 y 2007 representaron el 70% de las solicitudes), que implica una subida de precios en determinadas zonas[13]. Pues bien, es razonable que en diversos países, como en España, se vea a la propiedad como un "seguro" para épocas de vulnerabilidad, como la vejez, la enfermedad o el desempleo, con un sistema de Seguridad Social permanentemente puesto en cuestión[14] y con un 26% de desempleo en la primera mitad de 2014.

No obstante, una cosa es que deba rechazarse la "negación del dominio" por la mera "negación del dominio" y otra es que el arrendamiento, en tanto que forma de tenencia, no deba reunir los requisitos, al menos legales, para convertirse en una alternativa real y efectiva de tenencia a la propiedad en el ámbito de la vivienda.

Atendiendo a NASARRE[15], siete son los elementos básicos que pueden influir tanto a arrendadores como a arrendatarios para optar por una vivienda en alquiler. Algunos de

estos factores o su ausencia pueden llevar a la creación o proliferación de un mercado negro de alquileres, que en España representaba en 2008 el 55%[16]. No existen estadísticas sobre ello en Portugal, pero en este país son frecuentes los acuerdos verbales y sin expedición de recibo al pago, sobre todo en relación a estudiantes y extranjeros. En cuanto a Malta, el mercado negro de alquileres es un fenómeno extendido, como lo demuestra la introducción en 2014 un beneficio fiscal del 15% de los ingresos brutos percibidos por cobro de rentas residenciales que se justificó para incentivar la "regularización del mercado de alquiler"[17]. La economía sumergida en Malta en 2013 se estimó en 24,4%, según Eurostat.

La figura 2 resume dichos elementos.

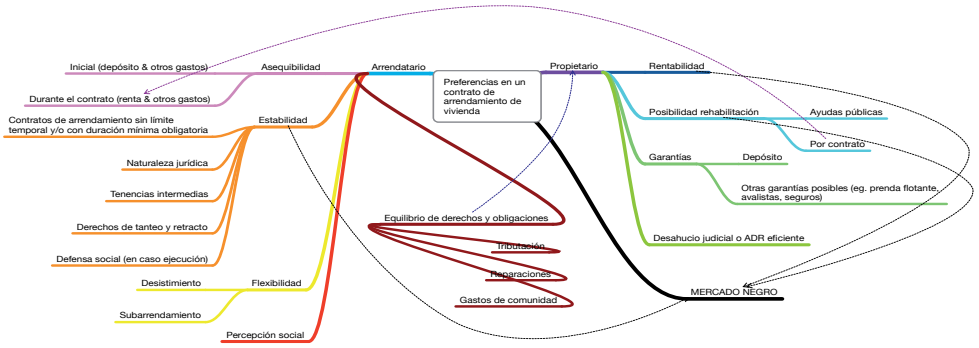

Figura 2. Factores relevantes para arrendadores y arrendatarios para decidirse a arrendar una vivienda. **Fuente**: NASARRE AZNAR, Sergio, *La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo*, "RCDI", 2015 (en prensa).

En cuanto a la propiedad, los diversos autores, juristas o no, le han atribuido determinadas propiedades que la hacen apetecible al necesitado de vivienda: seguridad, libre disponibilidad, acceso a financiación, patrimonialización y herencia, exclusividad/derecho absoluto. También se ha vinculado, en contraposición al alquiler, con valores y significados asociados a la estabilidad, autonomía, confianza, tranquilidad y privacidad y a otros factores psicosociales como la autoestima, la realización personal o el orgullo[18]. De hecho, según un informe de 2011[19], el 76% de los arrendatarios españoles los son por necesidad, de manera que si pudieran comprar, comprarían, al tiempo que la percepción social del arrendamiento suele ser peor que la del dominio[20]. En Portugal la principal motivación para comprar vivienda en vez de alquilar es la de tener patrimonio propio[21]. Además los valores medios de las rentas actuales no son significativamente inferiores a los valores mensuales de las hipotecas.

En cuanto a Malta, los ciudadanos de aquel país perciben la vivienda en propiedad como la única garantía familiar contra riesgos sociales, así como una fuente de riqueza familiar[22].

El objeto de este estudio es comprobar cómo estos factores legales influyen en las altas tasas de propiedad y bajas de alquiler tanto en España, como en Portugal y Malta, sin entrar a analizar otros factores de carácter socio-económico que, sin duda, ayudarían a comprender la situación pero que escapan del objetivo de este trabajo. Otro límite de este trabajo es que al hablar de arrendamiento/alquiler nos referiremos únicamente al arrendamiento/alquiler privado, excepto cuando nos refiramos expresamente al alquiler social.

En un primer estudio comparativo en base a los informes del proyecto TENLAW[23] en relación a la situación de los arrendamiento en estos tres países, puede llegarse a los siguientes elementos comunes, que quedan resumidos en la Tabla 1:

	España	Portugal	Malta
Ausencia de datos fiables en relación a la vivienda (qué es, cuánta hay realmente vacía, desahucios, etc.)	No existe una definición única de vivienda; ni requisitos comunes para declararla vacía[24]; los datos de desahucios sobre alquileres LAU de vivienda aún no son precisos[25], etc.	735.000 viviendas vacías (la mayoría tienen más de 50 años). 125.000 son viviendas nuevas	En Malta existen datos más precisos (ej. censo 2011) en relación a vivienda, aunque los datos sobre desahucios solo tomen en cuenta aquellos que solicitan alojamiento social
Tasa importante de alquileres en negro (evasión de impuestos, desprotección de inquilinos, malas condiciones de habitabilidad, etc.)	55% en 2008	No existen estadísticas, pero común entre estudiantes y extranjeros	Una cantidad significativa[26]
Reformas recientes en los procesos de desahucio arrendaticio, haciéndolo más ágil	2000 2009 2011 2013	1990 2006 2012	En 2010 se introdujo un procedimiento sumario permitiendo al juez decidir los temas en una sola audiencia.
Reformas recientes en la reducción de las duración obligatoria de los contratos de arrendamiento	De 5 (1994) a 3 (2013) años	En 2012 desaparece el plazo de duración mínima de 5 años	Desde una duración vitalicia hasta 1995 hasta la inexistencia de duración mínima a partir de dicho año
Alquilar se percibe socialmente como una forma de tenencia inferior a comprar	Sí[27]	Sí	La vivienda en propiedad se considera como la única garantía contra los riesgos sociales[28]
Alta tasa de vivienda vacía (por motivos diversos)	13,7%[29]	12%	De acuerdo con el censo de 2011, el 18,4% de las viviendas está completamente vacía, mientras que el 13,3% solo tiene un uso estacional.
Legislación pendular: antiguos arrendamientos controlados vs recientes liberalizaciones de los contratos de alquiler	1889, 1920, 1946, 1956, 1964, 1985, 1994, 2013	1990 2006 2012	1925 (subsecuentemente ampliada indefinidamente en 1931), 1944, 1959, 1979, 1995, 2010
Ausencia de asociaciones fuertes de inquilinos	Existen pero no son significativas	Existe: Asociación Lisbonense de Inquilinos	Inexistentes tanto a nivel local como a nivel nacional. Los inquilinos más vulnerables confían en la presencia o intervención del gobierno

Tabla 1. Elementos comunes a España, Portugal y Malta en relación a los arrendamientos de vivienda. Fuente: elaboración propia (los tres autores), con base a los informes del proyecto TENLAW.

2. ¿PROPIEDAD O ALQUILER? ANÁLISIS DE LOS FACTORES QUE INFLUYEN EN LOS DIFERENTES SISTEMAS NACIONALES

A. ESPAÑA

Desde los años 60 la política de vivienda en España ha venido orientada fundamentalmente a la promoción de la vivienda en propiedad. De hecho, el vigente Plan Estatal de Vivienda 2013-2016 es el primero que pone especial énfasis en el alquiler, como forma de tenencia, y en la rehabilitación (el mal estado de muchas viviendas que permanecen vacías imposibilita alquilarlas legalmente; ej. ausencia de cédula de habitabilidad[30]). Y lo cierto es que, en este sentido, la política de vivienda ha sido efectiva, dado que la tasa de vivienda en alquiler no ha dejado de disminuir desde entonces, solo con un ligero repunte coyuntural (por lo que hemos dicho) en el período 2008-213.

%	1950	1960	1970	1981	1991	2004	2006	2008	2010	2012	2013
Propiedad	46,9	50,6	63,4	73,1	78,1	79,5	79,5	79,6	79,4	79,2	77,7
Alquiler	51,4	42,5	30	20,8	15	13,9	13,5	14,2	14,5	14,5	15,4
Otros usos	2,6	6,9	6,5	6,1	7,7	6,7	7	6,1	6,1	6,3	6,9

Tabla 2. Progresión tasa de vivienda en propiedad y alquiler en España 1950-2013. **Fuente:** Encuesta de condiciones de vida, INE.

El punto de partida de la generalización de la vivienda en propiedad podemos situarlo en la Ley de Propiedad Horizontal de 1960[31] que, coincidiendo con un nuevo ciclo económico, propone la organización de la "vivienda en colmena" como forma generalizada de acceso a la vivienda. Ni una LAU hiper-proteccionista del inquilino en 1964 (LAU 1964), ni una normativa mucho más liberal (Decreto Boyer 1985[36]), ni la vuelta a una mayor protección del arrendatario (LAU 1994) han conseguido, ni por un momento, un aumento de la tasa de alquiler. Ni prevemos que lo vaya a conseguir la vigente Ley 4/2013, por los motivos que en adelante se explican, más allá de la coyuntura actual (2008-2014), caracterizada por una contracción del crédito y una alta tasa de desempleo, que, como se ha evidenciado más arriba, "fuerza" (en un 76%) a las familias al arrendamiento[37].

La Tabla 3 resume diferencias clave entre la normativa de alquiler y la de propiedad que ayudan a comprender el marco legal en el que se ha desarrollado la imparable generalización del dominio en España.

MERCADO DE LA VIVIENDA EN PROPIEDAD	MERCADO DE LA VIVIENDA EN ALQUILER
Tradicionales incentivos fiscales a la adquisición de vivienda en propiedad (cuentas vivienda, deducción de cuota íntegra del IRPF por rehabilitación y adquisición de vivienda habitual, deducciones de IBI por diversos motivos, IVA reducido en la primera adquisición hasta final de año 2012, y determinadas ventajas a colectivos en ITP[34])	Sus beneficios fiscales más importantes son más recientes (2010 y 2011, esencialmente) que los del dominio y se dividen entre los que goza el propietario que alquila (gastos deducibles del IRPF, reducción de un 50% o exención en determinados casos, exención de IVA) y los que tiene el inquilino (ITP poco significativo, deducción en el IRPF del 10,05% de la renta a partir de 2009)[35].
Planes de vivienda y otras políticas de vivienda orientados a la construcción y adquisición (subsidiación) de viviendas en propiedad	El Plan de Vivienda 2013-2016[36] es el primero netamente dedicado a la promoción de la vivienda en alquiler, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda.

Mercado de financiación estructurado, supervisado por la autoridad pública y profesionalizado (LH+LMH=moderno sistema de crédito territorial), por lo menos desde 1981	Ausencia de financiación, desestructurado (incluso, atomizado), sin una clara supervisión pública y escasamente profesionalizado. La LAU nunca ha prestado atención a esta cuestión. Aparecen algunas medidas en la Ley 4/2013[37], aunque parecen insuficientes[38]. Las SOCIMI también se han reformado, en aspectos clave, por Ley 16/2012[39].
Sistema maduro de titulización de los ingresos (proceeds) derivados de las hipotecas (sistema de crédito territorial), lo que asegura financiación para los financiadores (refinanciación)	Posible titulización de ingresos provenientes de arrendamientos vía art. 2 RD 926/1998 (mención genérica), pero escasamente utilizado en la práctica, lo que contrasta con lo que sucede en otros países, especialmente en el presente contexto[40].
Certeza en los derechos del comprador y del financiador	Tal y como explicamos infra[41], el haz de derechos y facultades de propietario e inquilino ha sido distribuido desde la postguerra de forma pendular, sin hallar, de momento, el equilibrio para hacer del alquiler una forma atractiva de tenencia.
Sistema de ejecución hipotecaria y comportamiento de la hipoteca en el concurso muy expeditivos	Sistema de desahucio ineficiente y en constante reforma (la última, por Ley 4/2013).
La transmisión del dominio comporta la transmisión de todos los riesgos y costes derivados del inmueble	Los propietarios trasladan todos los gastos posibles al inquilino, desentendiéndose el máximo posible de la gestión del edificio y del inmueble[42].
Las transacciones con inmuebles y financieras vinculadas están controladas por notarios y registradores, que actúan como gatekeepers	Mercado de alquiler en negro del 55%; muchas transacciones indocumentadas. Mercado desestructurado e incontrolado. Alguna mejora en este sentido en la Ley 4/2013.

Tabla 3. Diferencias en la organización del mercado de la vivienda en propiedad y de la vivienda en alquiler en España. Fuente: elaboración propia (Sergio Nasarre).

Es decir, difícilmente va a poderse desarrollar una mercado de diferentes formas de tenencia, si no se garantiza para cada una de ellas un mercado seguro, asequible (ej. a través de financiación) y, de un modo u otro, incentivado.

De este modo, tenemos:

a) Mercado **seguro**. La seguridad tiene que ver con la transparencia, la certeza y la estabilidad. En cuanto a la propiedad, se dan los tres elementos, que se han venido desarrollando desde el siglo XIX[43]: en el Código Civil 1889 se establecen derechos y obligaciones de comprador y vendedor (arts. 1445 a 1537 CC), invariado hasta la actualidad), en la Ley Hipotecaria 1861 se estableció el Registro de la Propiedad (que da certeza del dominio y cargas), y en la LH de 1909 un sistema ejecutivo privilegiado[44] (todo ello corregido y aumentado en la LH 1946 y LEC 2000 se ha mantenido hasta nuestros días) y en el Reglamento Notarial[45] se establece la regulación de estos importantes *gatekeepers* que deben velar por la legalidad de las transacciones, que tampoco ha variado sustancialmente. En cambio, en los arrendamientos, su regulación ha sido no solo cambiante sino además extremadamente pendular (desde la liberal del CC, a la LAU 1964, 1985, 1994 y 2013), el proceso de desahucio arrendaticio se ha cambiado tres veces en los últimos 5 años (2009, 2011, 2013), el inquilino —legal, jurisprudencial o contractualmente— se hace cargo de cada vez más gastos del inmueble o se los encuentra ya incluidos en unas rentas que en julio de 2014 sustancialmente equivalen al mes a lo mismo que el pago de una hipoteca[46] y en el cual no existen controladores de mercado, siendo un mercado no profesionalizado y altamente atomizado[47]. En cuanto a la estabilidad, la duración mínima de los arrendamien-

tos se ha visto recientemente reducida por la Ley 4/2013.

b) En cuanto a la **asequibilidad**, desde 1981 se generalizó en España un avanzado sistema de crédito territorial, que garantizaba, a través de las cédulas hipotecarias y, después, de la titulización, la liquidez de nuestras entidades de crédito (solo rota en 2007)[48] de manera que se facilitó el acceso al crédito para la compra de vivienda. En cambio, un sistema de titulización de los arrendamientos, presente desde el RD 926/1998[49], no ha sido utilizado en la práctica, todos los vehículos de fomento del alquiler han fracasado al no estar realmente generalizados (fondos y sociedades de inversión[50], sociedades de alquiler[51], la primera versión de los REIT españoles (SOCIMI) en 2009[52], que solo han despegado en 2013-2014 a raíz del cambio legislativo operado a finales de 2012[53], que recoge algunas (solo algunas) de las propuestas que ya habíamos efectuado[54]. Además, nunca en nuestro derecho reciente se ha dejado al inquilino acceder a la vivienda sin depósito (es más, se suele aumentar el mismo con seguros adicionales), ni compartir el pago de renta con otro unilateralmente, ni renunciar unilateralmente antes de tiempo sin compensación, se le insta a pagar tasas para obtener más seguridad (intervención notarial y registral única en Europa, desde 2013) y se ha quitado recientemente la referenciación obligatoria en dicho período sin sustituirla por otro índice. Finalmente, según RODRÍGUEZ LÓPEZ[55], el esfuerzo de acceso a la vivienda en propiedad es menor que el acceso a la vivienda en alquiler desde 2009, siendo en 2013 del 27,2% para los compradores y del 33,3% para los inquilinos.

c) Y, por último, tanto los **apoyos directos** (ej. subsidiaciones) como los indirectos (beneficios fiscales) han beneficiado en los últimos 50 años a la propiedad. Así, con el Plan de Estabilización de 1959 se aprueba una deducción para la adquisición de vivienda del 15%[56]. Por su parte, la Ley 44/1978, establece una deducción en la cuota íntegra del 15% por adquisición de vivienda y una deducción en la base imponible de los intereses de capital invertidos en la compra de vivienda propia, independientemente de la capacidad económica de los beneficiarios. La Ley 45/1985, de 25 de diciembre, de impuestos especiales, que reconoce esta deducción en vivienda sin necesidad que ésta se destinara a vivienda habitual, además de aumentar en dos puntos la desgravación de viviendas de nueva construcción. El Plan trienal 1981-1983 aumento las ayudas a las viviendas libres para intentar reactivar la construcción de viviendas en régimen de propiedad[57]. La Ley 18/1991 aprobó una deducción en cuota del 15% de las cantidades satisfechas por el arrendamiento de vivienda habitual. No obstante, esta medida no era proporcional, ya que el límite de deducción establecido para el alquiler era muy inferior al establecido para la compra[58]. El Plan Nacional de Vivienda 1992-1995 regula las VTP (viviendas de precio tasado) con un precio máximo siempre superior a las de protección oficial, lo cual incentiva a los promotores que podrán financiar una parte de las que hasta el momento eran viviendas libres. Con el Plan de Vivienda 1998-2001 se introdujo como principal novedad la "Ayuda Estatal a la entrada" para los adquirientes con ingresos que no superasen 5 veces el SMI.

En cuanto a la situación actual, la Ley 4/2013 ha sentenciado el futuro inmediato de los alquileres en España para los próximos años. Si bien las recientes reformas en tributación y procesales de los arrendamientos favorecen claramente a los arrendadores, los arrendatarios han perdido estabilidad, al tiempo que ven peligran sus bonificaciones fiscales[59]: la duración mínima de los contratos pasa de 5 a 3 años[60], se pierde la referenciación obligatoria, debe intervenir notario y registrador para que el arrendatario no pierda la vivienda en caso de venta de la misma por parte del propietario (¿dónde queda la *emptio non tollit locatum*?), pierde el derecho legal a adquirir preferentemente la vivienda en caso de enajenación onerosa de la misma por parte del propietario, sigue sin poder subarrendar —total o parcialmente— de manera unilateral,

debe compensar con 6 meses de renta al propietario si quiere marchar con antelación a lo previsto, se pierde la referenciación obligatoria y no se ha planteado tampoco un sistema de referenciación de renta y, en cuanto al depósito, sus rendimientos se los quedan las Administraciones Públicas, algo inédito en Europa, donde a menudo, se le atribuyen a los arrendatarios. Sin más comentario a todo ello, que explicamos más extensamente en un contexto europeo en otro lugar[61], ¿puede realmente un necesitado de vivienda en España plantearse el arrendamiento realmente como una forma de tenencia con cierto futuro? No lo creemos, al menos desde un punto de vista legal.

No consideramos que el arrendamiento sea, hoy por hoy, una forma de tenencia alternativa real al dominio para toda la población, dado que su marco legal no favorece los aspectos clave comentados. Previsiblemente lo seguirá siendo, como en los últimos años, para los jóvenes, para aquellos que necesiten una alta movilidad laboral o tengan una determinada situación de inestabilidad familiar o económica. Pero difícilmente se podrá convertir, dado su marco legal, en una forma de tenencia los suficientemente estable, asequible y flexible como para generalizarse hasta el 20 o 25%, siguiendo la media europea. Visto lo visto, la solución que previsiblemente adoptará Cataluña en breve[62], la creación de unas tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal)[63], pueda en cierto modo paliar esta aún excesiva dependencia del dominio, creando un tercer mercado real de vivienda.

B. PORTUGAL

Al igual que en otros países del sur de Europa, en Portugal cerca del 80% de la población vive en su propia casa. Entre los factores que, en las últimas décadas, han llevado a esta situación se identifican, particularmente, el fácil acceso al crédito bancario y la gran oferta de nuevos edificios para vender.

Sin embargo, como España, Portugal se vio seriamente afectado por la crisis económica internacional. En realidad, el crédito bancario para comprar una casa disminuyó un 54% en 2011 y un 52,9% en 2012. En 2013, disminuyó un 35,2%, en comparación con el año anterior el número de nuevos edificios con licencia para vivienda unifamiliar[64].

Este cambio de la situación económica y financiera del país, que condujo a la intervención de la Troika[65] entre mayo de 2011 y junio de 2014, resultó en cambios legislativos del régimen de viviendas de alquiler y también en cambios del régimen de crédito bancario para la compra de vivienda.

Analizaremos estos cambios legislativos y después cuestionaremos si tienen el potencial de influir decisivamente el aumento de alquileres como alternativa a la compra de vivienda.

a) Nuevo régimen de arrendamiento urbano

El nuevo régimen portugués de arrendamiento urbano ha sido influenciado directamente por la intervención de la Troika, que impuso la liberalización de los nuevos contratos de arrendamiento para vivienda y mayor velocidad en los desahucios. El objetivo de esta política era impulsar la confianza de los propietarios para arrendar sus propiedades y así reducir el porcentaje de casas vacías, que era de aproximadamente del 12%.

La Troika entendió que muchos propietarios preferían mantener las casas vacías porque no querían contratar por un período de al menos 5 años y porque los desahucios se demoraban alrededor de un año y medio. Así que, si aumentaba la oferta de viviendas en alquiler, las personas reducirían la compra de casas utilizando el crédito hipotecario y, en consecuencia, los bancos portugueses reducirían su endeudamiento externo.

Por otro lado, el régimen de los arrendamientos más antiguos debería también cam-

biarse, permitiendo que al propietario actualizar las rentas antiguas y extinguir el contrato más fácilmente cuando los edificios necesitasen ser rehabilitado.

Con estos objetivos ha sido publicada la Ley N. 31/2012 (del 14 de agosto)[66], que eliminó la duración mínima de los contratos de plazo fijo (que en la versión inicial de la Ley 6/2006 era de 5 años) y relució de 5 a 2 años el preanuncio del arrendador a rescindir los contratos de duración indefinida[67]. Esta ley ha venido también a facilitar la extinción del contrato en caso de impago del alquiler. En la ley anterior, el arrendador sólo podría rescindir el contrato si el inquilino no pagaba las rentas por más de 3 meses. En la Ley N. 31/2012 se ha reducido este período a 2 meses.

Por otro lado, ha surgido una nueva figura legal, con el objetivo de conseguir el desahucio del inquilino en tres meses: el BNA (*Balcão Nacional do Arrendamento*), cuando el arrendamiento ya ha finalizado y el inquilino no desocupa la casa. El BNA es un departamento administrativo dependiente del Ministerio de Justicia que funciona solamente a través de Internet[68].

El propietario inicia la solicitud de desahucio del inquilino (sin necesitar abogado) completando el formulario *on line* en la página web del BNA, con la aportación de los documentos que evidencien que el contrato ya está extinguido. El desahucio luego se lleva a cabo por un agente de ejecución o por un notario público, indicado por el arrendador o por el BNA. Si el inquilino entiende tener una razón legítima para no abandonar la casa, debe recurrir a los tribunales, en 30 días, para resistirse al desalojo[69].

Además de un nuevo régimen sustantivo, que da una mayor libertad contractual al arrendador, y un régimen procesal que permita desalojar al inquilino más rápidamente, el arrendador tiene aún la ventaja fiscal de pagar sólo el 28% del impuesto sobre el valor de las rentas recibidas, cuando su nivel de ingresos general determine el pago de un porcentaje más alto de impuestos[70].

b) Nueva legislación sobre crédito hipotecario para compra de vivienda

El excesivo endeudamiento de muchas familias y el incumplimiento de los contratos de crédito para compra de vivienda, que en 2012 alcanzó aproximadamente el 8%, impulsado principalmente por el aumento del desempleo (que alcanzó la tasa máxima de 16,3% en 2013[71]), determinaron al legislador Portugués a publicar la Ley N. 58/2012 (del 9 de noviembre) con vista a la protección de los deudores de créditos bancarios para compra de habitación propia garantizada con hipoteca.

Se trata de un régimen extraordinario de protección a los consumidores compradores que no pueden pagar las hipotecas, que termina el 31-12-2015.

Sin embargo, sólo pueden recurrir a este sistema los deudores que cumplan los siguientes requisitos: se encuentren desempleados o tengan una reducción de ingresos superior al 35% en comparación con el año anterior; el valor mensual de la hipoteca debe superar el 50% de los ingresos del deudor o el 45% si éste tiene hijos menores de edad; el valor promedio del salario de cada miembro de la familia no debe superar el salario mínimo nacional. Además, es necesario que la vivienda no tenga un valor superior a los 120.000 euros y el deudor o cualquier miembro de su hogar no sea propietario de otro inmueble.

El deudor que cumpla estos requisitos tiene derecho a exigir del Banco un plan de reestructuración, el cual puede consistir, por ejemplo, en no pagar cualquier montante del préstamo, o pagar solo el interés, por un período de 12 a 48 meses; o en la extensión de la fecha límite para pagar el préstamo hasta llegar a la edad de 75 años.

Si estas medidas no resuelven el problema, el deudor podrá proponer la dación en pago, con la consiguiente extinción de la deuda, o la venta de la vivienda a un fondo de inversión inmobiliaria para el alquiler de la vivienda (FIIAH), que pagará la deuda al banco, convirtiéndose el deudor en arrendatario de este fondo.

Los deudores que no cumplan los requisitos para beneficiarse de este plan extraordinario todavía tienen una protección temporal, porque los bancos sólo pueden invocar la resolución del contrato de préstamo tras de 3 meses desde el incumplimiento.

c) Opción por alquilar o por comprar una vivienda

Trazado este breve esbozo de los últimos cambios legales, hay que preguntar si esta legislación puede claramente influenciar a la gente a optar por alquilar en lugar de comprar una vivienda.

La decisión de comprar o alquilar casa implica una comparación de los costes de ambas opciones, así como un análisis de las consecuencias en caso de un futuro incumplimiento de contrato o en caso de necesidad de cambiar el lugar de residencia.

En otras palabras, se trata de saber cuál es la opción que a uno permite combinar mejor la estabilidad y la flexibilidad, es decir, la seguridad de tener vivienda cuando la necesita y la libertad de dejar de vivir en este lugar (sin penalización) cuando pretenda cambiar su lugar de residencia.

– *Costes iniciales*:

La compra de vivienda con crédito hipotecario tiene costes iniciales mucho mayores que los costes iniciales del contrato de arrendamiento. En este último, el costo inicial a cargo del inquilino es de pagar el alquiler 3 meses por adelantado (art. 1096º del Código Civil).

Por el contrario, el comprador de vivienda tiene encargos fiscales iniciales elevados:

- pago de IMT (impuesto municipal sobre las transacciones). Por ejemplo, en la compra de un piso por 150.000 Euros, el comprador paga inmediatamente 7.500 Euros (5%)[72];
- pago del impuesto de timbre. Este impuesto se paga al notario en el momento de la escritura pública, siendo 0,8% sobre el valor de la propiedad y 0,6% sobre el montante del crédito hipotecario. Por ejemplo, la compra de una propiedad por 150.000 el comprador paga 1.200 Euros. Si pide un préstamo de 100.000 Euros, paga 600 Euros, totalizando así 1.800 Euros de impuesto de timbre[73];
- pago del registro predial. La solicitud de inscripción de registro de la propiedad y la hipoteca cuesta 600 Euros[74].

Además de los costes iniciales, el propietario tiene que pagar anualmente el IMI (impuesto Municipal sobre inmóviles), según el valor establecido para cada municipio, entre 0,3% y 0,5% del valor de la propiedad. Por ejemplo, un piso con el valor patrimonial de 195.000 Euros, con una tasa de 0, 3.8%, paga anualmente 740 Euros[75].

Por otro lado, en el caso de un piso en propiedad horizontal, el propietario tiene que pagar los gastos relativos a las partes comunes de la propiedad, establecidos por la junta de propietarios. Por ejemplo, el propietario de un piso T2 paga, en promedio, 600 ó 700 Euros al año. Sin embargo cuando el apartamento se alquila, el arrendador transfiere a menudo este pago al arrendatario.

Sin embargo, al comparar los valores de las rentas mensuales satisfechas por los inquilinos y las cifras mensuales de los préstamos bancarios para la compra de la vivienda no existen grandes diferencias.

Por ejemplo, un préstamo de 150.000 Euros (que puede ser el precio de un apartamento

de 2 dormitorios en una zona central de Lisboa, pero no en una zona de lujo[76]) con una tasa de interés anual nominal (TAN) del 3%, a pagar en 30 años, tiene un coste mensual de 632,41 euros[77].

El alquiler de un apartamento con idénticas características y situación idéntica se anuncian, por agentes inmobiliarios, con rentas mensuales entre 600 y 800 Euros[78].

– *Las consecuencias en caso de incumplimiento del contrato*:

Si factores sobrevenidos conducen a la imposibilidad de pago de la hipoteca, el deudor puede beneficiarse de la protección, *supra* mencionada, de la ley n. 58/2012 o de un programa de protección al consumidor endeudado y renegociar la deuda con el banco[79].

Al contrario, en el caso de estar arrendando una vivienda, el arrendatario que no puede pagar los alquileres por más de 2 meses no tiene ninguna protección legal ante del arrendador, que puede extinguir el contrato, a través de una notificación efectuada por un abogado o solicitador.

El inquilino tiene 30 días para pagar todos los alquileres en mora y un 50%. Si no puede hacer este pago, o ya ha estado en esta situación antes, tendrá que desalojar la casa al final de ese período de 30 días. Si no desocupa el local, el arrendador requiere el BNA para su desalojo.

Una vez notificado por el BNA el arrendatario tiene 15 días para desalojar la casa. Si así no procede, el BNA le enviará un agente de ejecución o un notario para proceder al desalojo[80].

El arrendatario no tiene derecho a subarrendar, total o parcialmente, el local alquilado en caso de estar temporalmente imposibilitado de pagar el alquiler.

– *La necesidad de traslado de residencia*:

Si circunstancias sobrevenidas llevan al propietario de la vivienda a cambiar su lugar de residencia, éste puede vender la propiedad, con extinción de la hipoteca o transferirla para el adquirente (con el consentimiento del banco); puede constituir un usufructo o un arrendamiento, hallando así ingresos para seguir pagando el préstamo bancario.

El inquilino no puede subarrendar temporalmente la vivienda, ni puede extinguir el contrato libremente, si encuentra otro sitio con alquileres más baratos o en caso de circunstancias superveniente que obligan a cambiar su lugar de residencia, como el desempleo. Así, en los arrendamientos a plazo, el inquilino sólo puede extinguir el contrato tras la expiración de 1/3 de la fecha límite acordada. Aunque desocupe el lugar antes de esa fecha, siempre tendrá que pagar las rentas correspondientes a 1/3 del contrato (art. 1098º, n. 3 del CC).

– *Las ventajas fiscales*:

La posibilidad de deducir los costes de la vivienda en el pago del impuesto anual sobre la renta de las personas ya no es un elemento relevante para aquellos que quieren optar por la compra o por el alquiler.

Después de 2012, el coste del crédito hipotecario ha dejado de tener las ventajas fiscales de las que anteriormente venía gozando. Actualmente, se pueden deducir solo los gastos de los contratos celebrados antes del 31-12-2011, siendo deducible de impuestos solamente el 15% del interés satisfecho, con un techo máximo de 502 Euros[81].

Sin embargo, el régimen tributario tampoco es un factor que determine a una persona a alquilar en lugar de comprar una casa, porque la posibilidad de deducir el valor de las rentas pagadas al arrendador ha disminuido y desaparecerá en 2018, como se muestra en la Figura 3.

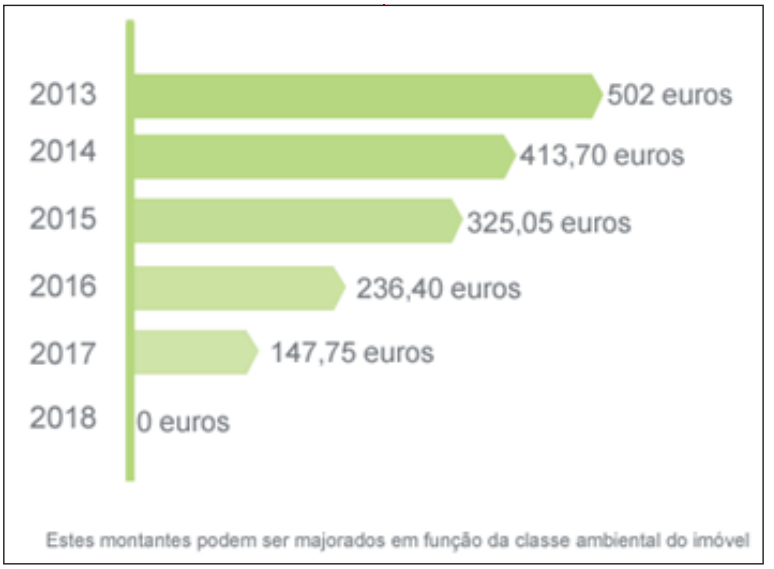

Figura 3. Posibilidades de deducción del arrendatario por rentas satisfechas. Fuente: http://www.deco.proteste.pt/familia-vida-privada/impostos/noticia/rendas-deducao-no-irs-a-cair

d) En conclusión, es visible el aumento de la oferta de los inmuebles en alquiler, especialmente en los anuncios de Internet promovidos por las empresas inmobiliarias, pero uno también puede ver que muchos anuncios permanecen durante varios meses, sin que las casas se lleguen a alquilar realmente. Al tiempo, la oferta de viviendas se ha incrementado porque el sistema jurídico es más favorable para el arrendador, pero es difícil decir que la demanda corresponda simétricamente a tal oferta.

De hecho, aunque se haya verificado un aumento en el número de contratos de arrendamiento durante el año de 2013, no hay estadísticas aún para concluir si el aumento en el número de contratos de arrendamiento es una consecuencia del nuevo régimen del alquiler urbano o un reflejo de la mayor dificultad para obtener crédito bancario. En realidad, el crédito bancario para comprar habitación disminuyó un 54% en 2011 y un 52,9% en 2012[82].

Curiosamente, en el primer trimestre de 2014, la venta de inmuebles para vivienda ha aumentado un 30%, en comparación con el mismo período del año anterior, aunque el 14% de estas compras hayan sido hechas por extranjeros[83] (especialmente en el régimen de los *Golden Visa*, concedido a los ciudadanos de fuera de la Unión Europea que compren casas con valor superior a 500.000 Euros[84]). Pero ya en el año 2013 la venta de las viviendas había subido 4.4% en comparación con 2012[85].

Este reciente aumento en la venta de viviendas puede llevar a la conclusión de que el alquiler no será, en un futuro próximo, una alternativa para aquellos que pueden acceder a la hipoteca para adquirir una vivienda en propiedad.

El contrato de arrendamiento eventualmente será, sobre todo, una vivienda de transición para jóvenes u otras personas con situaciones de inestabilidad profesional. Sin embargo, también el actual régimen de alquiler no cumple esta función adecuadamente, pues el inquilino no tiene plena libertad para rescindir unilateralmente el contrato cuando ya no necesite de la vivienda.

En resumen, el actual régimen de alquiler no confiere al inquilino la necesaria estabilidad para ser una alternativa a la compra de casa,

pero también no es lo suficientemente flexible para servir adecuadamente los intereses de la movilidad de los inquilinos.

C. MALTA

La vivienda en propiedad es la política de vivienda dominante en Malta[86]. Los primeros programas destinados a promocionar este tipo de tenencia fueron lanzados inmediatamente después de la independencia en 1964[87].

La respuesta de la población, no obstante, no fue inmediata, sino que se dio a través de una serie de iniciativas como la provisión de suelo a precios subsidiados y la venta de viviendas gubernamentales directamente a beneficiarios cualificados así como a arrendatarios, de manera que la tasa de propiedad fue ascendiendo hasta alcanzar el 76% en 2011[88]. El aumento de precios debido a la demanda sostenida ha causado, sin embargo, un problema de asequibilidad para primeros compradores, principalmente entre aquellos años entre el acceso a la Unión Europea (2004) y la recisión global (2008)[89] y fue solo en 2009 que el gobierno sintió la necesidad de revigorizar las condiciones en el mercado privado de alquiler.

Curiosamente, la política escogida por el legislador fue la de hacer la legislación arrendaticia más favorable a los arrendadores. De esta forma, el proceso de desahucio fue más expeditivo, al arrendador se le garantizó el derecho de acceso a su inmueble y a finalizar el contrato en caso de que el arrendatario pasase a depender de una institución sanitaria, al tiempo que a los arrendatarios se les obligaba a hacerse cargo de todo tipo de reparaciones, distintas de las estructurales. Otras reformas relacionadas con la validez del contrato fue establecer que obligatoriamente fuera por escrito y que contuviese cinco estipulaciones esenciales. La ley también dio al ministro la facultad de establecer un Registro de Alquileres, que podría haber dado más certeza a los arrendatarios, pero que nunca se ha llevado a cabo (Ley de 2009).

La promoción de la vivienda a lo largo de los años ha sido realmente efectiva a la hora de hacer disminuir el porcentaje de arrendatarios en relación al total del stock de vivienda. La Tabla 4 muestra la progresión a lo largo de sesenta años.

Año	1948	1957	1967	1985	1995	2005	2011
Vivienda en propiedad	23.1%	26.1%	32%	53.9%	68%	72.5%	76%
Vivienda alquilada	76.9%	73.9%	68%	46.1%	23%	20.6%	19.9%

Tabla 4. Tendencia de la vivienda en propiedad y en alquiler en Malta, en relación al total de estoc de vivienda. Fuente: CAMILLERI, A., "Malta: A Plea for Bi-partisan Consensus", comunicación presentada a la *Housing Affordability Conference*, Malta, 1995; NSO, *Census on Population and Housing 2005* [www.nso.gov.mt/site/page.aspx?pageid=577]; NSO, *Census on Population and Housing 2011*.

La Tabla 4 revela cómo ninguna de las políticas llevadas a cabo, sean ultra liberales o ultra proteccionistas para el arrendatario, han conseguido nunca aumentar el porcentaje de vivienda arrendada en Malta. La primera intervención se remonta a 1925 y supuso la introducción del *Rent Regulation Board*, un organismo judicial establecido con la tarea específica de determinar si permitir al propietario desahuciar al arrendatario o, incluso, cambiar las condiciones por las que se regula el arrendamiento. A esta normativa se le dio duración indefinida en 1931 y todavía es de aplicación hoy en día como la *Reletting of Urban Property (Regulation) Ordinance*[90]. El período de post-guerra vio la introducción de una congelación de rentas[91], debida a la escasez de viviendas causada por los ataques aéreos a la isla; no obstante, estas medidas rigurosas desincentivaron la construcción de nuevas viviendas y conllevaron el nacimiento de un vigoroso mercado negro[92]. Así pues, la administración Colonial temporal reintrodujo en 1959 la liberalización[93], hasta que un gobierno socialista

volvió a proponer la seguridad en la tenencia y un nuevo sistema de control de renta, esta vez vinculado al índice de la inflación, dos décadas después[94]. El nuevo estancamiento del mercado de alquiler privado, no obstante, conllevó una nueva política de liberalización, que tuvo lugar en 1995, la cual condujo a la división entre arrendamientos "antiguos" y "nuevos"[95]. Nuevas modificaciones en 2010 animaron a superar los "antiguos" arrendamientos y a incentivar a un mayor número de propietarios a participar en el mercado privado de alquiler[96]. A pesar de estas iniciativas, el mercado de alquiler volvió a bajar un 0,7% entre 2005 y 2011. Y si se sustraen la tasas de arrendamientos protegidos[97] (9.2%) y los inmuebles arrendados por el gobierno en forma de vivienda social (5.2%), el porcentaje actual de vivienda en alquiler "libre" se situaría en torno al 5.4% del total de las viviendas ocupadas[98].

Los motivos por los cuales alquilar una vivienda aún se percibe como una opción "forzada" en comparación con adquirirla en propiedad, quedan representados en la Tabla 5, donde se especifican las diferencias entre ambas formas de tenencia.

VIVIENDA EN PROPIEDAD	ARRENDAMIENTOS PRIVADOS
Incentivos fiscales para los inmuebles declarados como residenciales: anteriormente, tasa preferencial de 3,5% en los primeros €117,000 del inmueble, que recientemente cubren los primeros €150,000[99]. También exención única para los primeros compradores de vivienda entre el 5-11-2013 y 31-12-2014 en los €150,000 iniciales del valor del inmueble[100]	Los propietarios tienen la opción de pagar una tasa final del 15% en relación a los ingresos derivados de los arrendamientos urbanos de vivienda[101]. Los arrendatarios no están sometidos a tributación.
Los programas impulsados por la Housing Authority han promovido hacer la vivienda en propiedad lo más accesible posible, incluso a los residentes en vivienda pública; también medidas de incentivo a la construcción y al mantenimiento[102]	La Housing Authority tiene proyectos de subsidiación de rentas y trabajos de mantenimiento[103]
Las instituciones financieras y de crédito son supervisads por la Banking Supervision Unit de la Malta Financial Services Authority[104]	Los fondos inmobiliarios están regulados por la MFSA Property Funds Policy[105]
Los bancos domésticos (es decir, los dos mayores) tienen un modelo de negocio tradicional, financiado por los depósitos de los residentes[106]	Posible titulización de los ingresos por rentas a través de la Securitisation Act (Cap. 484), a pesar de que la mayoría de los arrendadores operan con completa autonomía los unos de los otros
Completa certeza de las partes; las reglas de la compraventa y de las garantías se mantienen esencialmente inalteradas desde la aprobación del Código Civil en 1868	La legislación ha oscilado entre una forma de tenencia vitalicia (con la consiguiente transmisión del arrendamiento mortis causa a cualquier familiar cohabitante del arrendatario) a un sistema liberalizado en el que los arrendadores no están sujetos a ninguna restricción temporal
Los bancos son lentos a la hora de ejecutar títulos de desahucio y contactan con los deudores de manera amigable antes de inicial el procedimiento estándar[107]	Los arrendadores pueden desahuciar a los inquilinos a través del procedimiento sumario establecido en 2010[108]
La transmisión del inmueble implica la transmisión de los riesgos y gastos relacionados con el dominio	Los arrendadores no están obligados legalmente a ofrecer nada excepto reparaciones estructurales en el inmueble[109]; los arrendatarios pueden ser gravados con los costes relacionados con el mantenimiento de las partes comunes de la comunidad de propietarios[110]
Las transacciones que impliquen inmuebles, como su venta o hipotecas se deben registrar en el Registro Público (Cap. 56) o el Registro de la Propiedad (Cap. 296)	No existe un registro para los arrendamientos; próspero mercado negro entre las clases más vulnerables[111]

Tabla 5. Diferencias entre vivienda en propiedad y vivienda en alquiler en Malta. Fuente: elaboración propia (Kurt Xerri).

La Tabla 5 muestra, pues, cómo dejando de lado tendencias culturales, la estructura legal de la propiedad está mucho más consolidada que la relacionada con los alquileres. De este modo, tenemos:

a) **Certeza** del mercado: no existe duda de que la reticencia del gobierno de revisar las rigurosas condiciones de los arrendamientos "antiguos" hasta 2010, que fueron dictadas por la devastación de la guerra, ha conllevado una disfunción del mercado privado de alquiler[112]. La reintroducción del control de renta a finales de los 70 (aunque ligado a los incrementos de la inflación) junto con el derecho a un arrendamiento vitalicio ha conllevado cierto miedo entre los propietarios a colocar sus viviendas en el mercado y ello provocó la efectiva paralización de provisión de viviendas en él. El estancamiento ha resultado en un aumento de los niveles de renta, provocando, incluso, que un préstamo hipotecario sea menos oneroso que alquilar[113]. Sucesivos gobiernos han enviado claros mensajes en relación a la desregularización y el inversor ha hallado más estabilidad. Sin embargo, con ello se han pasado por alto los intereses de los inquilinos (como se ha mostrado en la Tabla anterior, el procedimiento de desahucio es más rápido y la responsabilidad de arrendadores ha quedado reducida en relación a las reparaciones estructurales), de manera que el mercado de alquiler se ve sustentado por el creciente número de empleados extranjeros, más que por la demanda local[114]. Las reglas en relación a la adquisición de la propiedad y la hipoteca se han mantenido en gran medida invariables, creando un marco de certidumbre para aquéllos que optan por comprar su vivienda.

b) **Accesibilidad**: las políticas sobre la vivienda en propiedad se han visto reforzadas desde los años 70 con la creación por parte del gobierno de un banco hipotecario especializado (Lohombus) para promover sus propios programas de vivienda en propiedad[115]. Este banco estaba financiado por los dos bancos locales comerciales más importantes (Mid-Med and Bank of Valletta) haciéndose cargo de la Barclay's Financial Corporation durante el proceso de nacionalización de la administración socialista[116]. Lohombus fue adquirido por uno de los bancos y, debido al aumento de la demanda de los préstamos hipotecarios a vivienda, la competencia entre los bancos locales se incrementó, los cuales se convirtieron en instituciones cruciales en animar a las personas a pedir prestado e invertir en sus inmuebles[117]. El LTV (*loan-to-value ratio*) ordinario se sitúa actualmente en el 90% y el plazo de repago se sitúa hasta los 40 años; los años siguientes a la crisis también vieron una reducción considerable de los tipos de interés, al tiempo que disminuyó el precio de los inmuebles[118]. Los consumidores-deudores hipotecarios quedaron protegidos por una nueva normativa (la "Home Loan Regulations")[119], que se sumó a la supervisión ya existente sobre los bancos por parte de MFSA (Banking Supervision Unit).

A pesar del desarrollo del sector del préstamo hipotecario a la vivienda, los principales bancos domésticos han llevado a cabo un modelo tradicional y se financian fundamentalmente a través de depósitos. Además, la mayoría de sus activos representan derechos contra residentes malteses y, de hecho, el FMI ha atribuido el mayor riesgo de los bancos locales precisamente por su alta exposición al Mercado Inmobiliario y a las garantías inmobiliarias[120].

En relación a los alquileres, a pesar de la existencia de normativa sobre titulación de los mismos y que se puedan crear fondos inmobiliarios, ninguno de estos instrumentos es utilizado a penas en la práctica. Otro problema en relación a la accesibilidad de los arrendatarios es la cuantía del depósito solicitado por los propietarios, la cual, en ausencia de legislación aplicable, es ilimitada en su cuantía y puede ser de varios miles de euros[121]. El derecho maltés no permite ni el subarriendo ni la transmisión del arrendamiento sin el consentimiento del arrendador[122], a pesar de que el arrendatario sí puede alojar a terceros con él, incluso onerosamente, a no ser que ello esté especialmente prohibido en el contrato[123]. Además, en ausen-

cia de una cláusula específica, un arrendatario no puede decidir unilateralmente finalizar con el contrato de arrendamiento[124].

c) **Ayudas** directas: La *Housing Authority Act* (Cap. 261) define la función de la *Housing Authority* como la de promover y financiar la vivienda en propiedad[125]. El punto de vista del gobierno ha quedado claro también recientemente en un discurso sobre el presupuesto, remarcando la creencia de que la vivienda en propiedad es efectiva en la reducción de los problemas sociales y aumentando la estabilidad financiera de los hogares[126]. Los programas públicos también muestran que la finalidad de la *Authority* es claramente la de hacer lo más extensiva posible la vivienda en propiedad, incluso a sus propios inquilinos. Lo mismo puede decirse del sistema tributario que incentiva la adquisición de la propiedad inmueble, especialmente para los que adquieren vivienda por primera vez: además de reducir el impuesto sobre el timbre (*stamp duty*) de los primeros €150.000, el gobierno ha decidido eximir por la misma cantidad a todas la viviendas adquiridas entre noviembre 2013 y diciembre de 2014, aunque esta medida también puede percibirse como un incentivo a la industria de la construcción. El mismo gobierno ha reducido la tributación a los arrendadores lo que persigue al tiempo la reducción de la evasión fiscal y animarlos a participar más en el mercado de alquiler.

4. CONCLUSIONES

Nos hallamos ante tres países que tradicionalmente han apostado de manera clara por generalizar la vivienda en propiedad en detrimento de la vivienda en alquiler. Y los tres han reformado su marco legal de los arrendamientos urbanos para dinamizarlo. Y aunque los tres también han tenido normativa pendular (protección arrendatario vs liberalización del contrato de arrendamiento) a lo largo del último siglo, los tres han optado por la liberalización para dinamizarlo, al contrario de lo que ha hecho Francia en 2014 mediante Ley n. 2014-366, 24 de marzo 2014 (Ley ALUR)[127]

Y de los tres, el primero que lo hizo fue Malta en 1995, y no como reacción a la crisis global de 2007, dado que no se ha experimentado en este país, básicamente gracias al negocio conservador y prudente de su sistema bancario en el ámbito de la titulización, más que en la concesión de préstamos que actualmente los hacen al 90% LTV y a 40 años. Pero, a pesar de la liberalización, la tasa de alquiler ha seguido disminuyendo en Malta, dado el atractivo (financiero, impositivo, de políticas públicas, etc.) que sigue suponiendo comprar la vivienda. Lo mismo se prevé que pueda suceder en las recientes reformas en Portugal (2012) y España (2014) desde la óptica del marco legal: aunque los arrendadores puedan animarse a poner sus viviendas en el mercado (ej. debido a un proceso de desahucio más rápido; de todas formas, en los tres países se siguen percibiendo altas tasas de vivienda vacía, tanto muy vieja como nueva), los inquilinos, debido a su nueva mayor inestabilidad en la tenencia y no tanta asequibilidad (la movilidad no desempeña un papel importante en Malta), siguen sin percibir el arrendamiento como una forma de tenencia realmente alternativa al dominio. A ello contribuye que en los tres países, en 2014, prácticamente cueste lo mismo comprar que alquilar, siendo la única diferencia (en Portugal y España) la necesidad de tener importantes recursos propios al inicio para poder comprar, especialmente debido a la coyuntura económica tras el inicio de la crisis en 2007. También es sintomático que ni en España ni en Malta existan significativas asociaciones de inquilinos. Todo ello empuja a que en los tres países exista un importante índice de mercado negro de alquiler (evasión impositiva, desprotección del arrendatario), especialmente para clases más vulnerables (Malta, Portugal) y que, en definitiva, el alquiler se perciba como una forma de tenencia inferior al dominio[128].

Si bien las rentas limitadas o referenciadas (Malta, España) o los contratos de duración

mínima obligatoria (Portugal, España) o vitalicia (Malta) se han percibido históricamente como causas para el estancamiento o disminución de las viviendas en alquiler privado, lo cierto es que medidas proteccionistas de los arrendatarios más ajustadas al mercado son la clave del éxito en los tres países con más tasa de alquiler en Europa (Suiza, Alemania y Austria), como son las rentas referenciadas a precios medios del mercado por zona donde se encuentra la vivienda, contratos de alquiler de larga duración o ilimitada para dar estabilidad a la tenencia o la aplicación radical del principio *emptio non tollit locatum*[129].

NOTAS

1. La elevada tasa de desempleo (26% en 2014), un PIB negativo (2009-2013) o la alta morosidad hipotecaria (6,2% en julio 2014) son indicativos macroeconómicos de la crisis.

2. La denominada "Troika UE" (formada por la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario International) ha intervenido estos últimos años en algunos países para presionar (incluso exigir) reformas en muchos campos del derecho y la economía, incluyendo los arrendamientos. Entre estos países se cuentan Grecia (*Greece: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, 2-5-2010, disponible en http://peter.fleissner.org/Transform/MoU.pdf) y Portugal (*Portugal: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality* de 3-5-2011, disponible en http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorandotroika_04-05-2011.pdf; última consulta el 14-6-2013).

3. "La capacidad de recuperación macroeconómica notable" de Malta frente a la crisis fue subrayada por el FMI en 2013. El sector bancario maltés mantiene unas cifras relativamente positivas tanto en depósitos como en el crecimiento de la concesión de préstamos, por encima de la media de la eurozona. La base de esta actuación fue el robusto crecimiento de las exportaciones que se debía sobre todo al turismo y a nichos de servicios como el juego a distancia y los servicios financieros *[*INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Malta: 2013 Article IV Consultation*, IMF Country Report No. 13/203, julio 2013, pp. 4, 9, 38. Disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13203.pdf*]*.

4. Ver, para España, PAREJA-EASTAWAY, M. y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, M.T., "El mercado de vivienda en España: la necesidad de nuevas propuestas", en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 49 a 51. Ver, también, NEREDO PÉREZ, J. M., "Perspectivas de la vivenda", *Revista de Economía ICE,* núm. 815, Mayo-Junio 2004, p. 153. Ver, en el mismo sentido, la Exposición de motivos del Plan Estatal de Vivienda (RD 233/2013, de 5 de abril, BOE 10-4-2013, núm. 86, p. 26623) que fomenta exclusivamente el régimen de alquiler. En relación a Malta, la última reforma de los alquileres en 2010 no fue una respuesta directa a la crisis, sino más bien fue impulsada por la necesidad de optimizar el uso del parque inmobiliario y de frenar el abuso del riguroso régimen de renta pre-1995 (esto es, arrendamientos negociados antes de la liberalización, que restringía la renta debida y concedía seguridad en la tenencia de por vida) mediante la introducción de categorías que no podían calificarse en modo alguno de "vivienda social". De todas formas, el claro ímpetu era el de proveer una alternativa especialmente para parejas jóvenes que no tenían otra opción que la de comprar su vivienda, independientemente del impacto financiero que un préstamo a la vivienda puede llegar a implicar (MINISTRY FOR SOCIAL POLICY, *Rent Laws: The Need for Reform - Explaining the Reform,* "Introduction" by former Minister John Dalli, 2009, i). En Portugal el énfasis en el alquiler fue puesto directamente por la TROIKA, en el punto 6. del Memorando asignado con esta entidad en mayo de 2011 sobre asistencia financiera: http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/primeiro-ministro/secretarios-de-estado/secretario-de-estado-adjunto-do-primeiro-ministro/documentos-oficiais/memorandos.aspx.

5. Ver NASARRE en este ejemplar.

6. Según conclusiones provisionales del Proyecto de Desahucios y Sinhogarismo de la Comisión Europea (Ref. VC/2013/0611).

7. De acuerdo con la ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Principales estadísticas del mercado hipotecario. Año 2013*, 2014, disponible en www.ahe.es, mientras que en 2006 se concedieron 1.056.884 créditos hipotecarios para vivienda en 2013 fueron únicamente 154.115.

8. Ver algunos datos en FUNDACIÓN ENCUENTRO, *Informe España*, 2013, pp. 226 y ss.

9. El porcentaje de vivienda en propiedad es un indicador que utilizan las instituciones europeas para calcular la pobreza de una sociedad: los ciudadanos europeos que tenían una vivienda en propiedad en el año 2007 tenían un menor riesgo de pobreza que los que habían accedido a una vivienda en régimen de alquiler, según EUROSTAT. *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union 2010*, p. 41. Disponible en http://epp. eurostat.ec.europa.eu/.

10. WHITEHEAD *et al*., C., *The Private Rented Sector in the New Century – A Comparative Approach*, Septiembre 2012, p. 23. Disponible en: http://www.lse.ac.uk/geographyAndEnvironment/research/london/pdf/The-Private-Rented-Sector-WEB%5B1%5D.pdf

11. Así, de acuerdo con EUROSTAT, *Overcrowding rate by tenure status - Total population*, 2012, *People at risk of poverty or social exclusion by tenure status*, 2012, y *People living in households with very low work intensity by tenure status (population aged 0 to 59 years*, la tasa de sobreocupación es dos, tres e incluso cuatro veces superior en el arrendamento respecto a la vivienda en propiedad, y lo mismo puede predicarse respecto al porcentaje de hogares que viven con poca intensidad de trabajo y el riesgo de pobreza o exclusión social. De todo ello se puede deducir que las viviendas en alquiler están en peores condiciones que las viviendas en régimen de propiedad.

12. BGBl. I S. 1373; reforma en BGBl. I S. 934.

13. CAMILLERI, D.H., "A long-term analysis of housing affordability in Malta", *International Journal of Housing Markets and Analysis*, 4(1), 2011, p. 47.

14. Ver, por ejemplo, http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_342840/6479-la-ue-pide-que-la-reforma-de-las-pensiones-salga-de-un-acuerdo-del-pacto-de-toledo#.Ttt1HVcN7FhI7cu (consultado el 25-7-2014).

15. NASARRE AZNAR, Sergio, *La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo*, "RCDI", 2015 (en prensa).

16. GESTHA, *Cuarta edición del informe sobre los alquileres sumergidos en España*, Madrid, 2008.

17. MINISTRY FOR FINANCE, *Budget Speech 2014*, leído por Hon. Edward Scicluna el 4 de noviembre de 2013, p. 18.

18. ARAMBURU OTAZU, M., *La resignificación de la tenencia de la vivienda en Cataluña delante de la crisis económica: aproximación a través de grupos de discusión*, Barcelona: Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana de la Generalitat de Catalunya, 2010, p. 16.

19. FOTOCASA, *Los españoles y su relación con la vivienda*, Fotocasa.es trends, 2011.

20. De acuerdo con MOLINA ROIG, E., *Spanish Report on residential leases*, Project "Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe" (TENLAW), EU 7th Framework Programme, disponible en http://www.tenlaw.uni-bremen.de, pp. 45-46.

21. Ver http://economico.sapo.pt/noticias/saiba-em-que-situacoes-compensa-comprar-ou-arrendar-casa_191038.html (visitado el 21-7-2014).

22. VAKILI-ZAD, C. y J. HOEKSTRA, J., "High dwelling vacancy rate and high prices of housing in Malta a Mediterranean phenomenon", *Journal of Housing and the Built Environment*, 26(4), 2011, p. 453.

23. Proyecto "Tenancy Law and housing policy in Multi-level europe", TENLAW (2012-2015) del 7º Programa Marco de la Comisión Europea, dirigido por el Prof. C. Schmid, de la Universidad de Bremen (Ref. 290694), http://www.tenlaw.uni-bremen.de.

24. Se ha criticado por la doctrina autorizada la metodología empleada por el censo 2011 para estabelecer que existen 3,5 millones de vivendas vacías en España. Ver, en este sentido, la crítica de Julio Rodríguez López en El País, 29-5-2013: http://economia.elpais.com/economia/2013/05/29/vivienda/1369853720_383241.html.

25. MOLINA ROIG, E., *Spanish Report*…, pp. 11-12.

26. Como indicio, una trabajadora social de YMCA, una importante ONG para el sinhogarismo en Malta, revela en julio de 2014 que poco menos del 50% de los solicitantes en busca de residencia temporal han negociado sus contratos de arrendamiento verbalmente, en negro; en muchos de estos casos, las viviendas a penas pueden considerarse estar en una situación habitable.

27. MOLINA ROIG, E., *Spanish Report*…, pp. 45-46.

28. Los propios responsables de vivienda del país (Housing Authority) animan expresamente a "to promote home ownership as well as improve the housing conditions in Malta" (ver http://www.housingauthority.com.mt/EN/content/12/Our%20%20Journey, visitado 12-4-2014).

29. De acuerdo al Censo de Viviendas 2011 del INE, aunque estos datos no son precisos, ver supra.

30. De acuerdo con Fernando Encinar, jefe de estudios de idealista.com, en referencia a los datos del Censo de Vivivendas de 2011 (que concluye que existen casi 3,5 millones de viviendas vacías), "hay que detallar cuidadosamente esta cifra porque según nuestros propios análisis solo una de cada tres casas vacías sería susceptible de poder alquilarse. el resto bien por su estado de conservación, antigüedad o encontrarse en municipios de escasa o nula demanda de vivienda en alquiler no son adecuadas para ponerse en este mercado"". Fuente: El Confidencial 18-4-2013, http://www.elconfidencial.com/vivienda/2013/04/18/espana-tiene-34-millones-de-viviendas-vacias-un-11-mas-que-hace-una-decada-119134. Por su parte, la Ministra de Fomento, Ana Pastor, afirmó en su comparecencia en el Congreso sobre el nuevo Plan Estatal de Vivienda que hay más de cinco millones de residencias que tienen más de 50 años y que muchas de ellas se encuentran en "malas condiciones", y que "hay 83.532 viviendas en edificios ruinosos, 265.788 en mal estado, 1.380.531 en estado deficiente y 156.208 viviendas que carecen de servicio o aseo". Fuente: El Mundo 10-5-2013, http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/09/suvivienda/1368126153.html). El problema del mal estado de las viviendas, de hecho, afecta al conjunto de la Unión Europea: "Según el Informe sobre Población y Condiciones Sociales, elaborado por Eurostat, 30.000.000 personas en la Unión Europea sufrieron falta de la vivienda y espacio deficientes en relación a las condiciones de vida. En 2009, el 6,0 por ciento de la población de la Unión Europea sufrió privación de vivienda grave. Así, los problemas más frecuentes que inciden sobre las condiciones de habitabilidad de los individuos fueron el ruido desde el barrio (22,2 por ciento), el hacinamiento (17,8 por ciento) y la contaminación, suciedad u otros problemas ambientales (16,5 por ciento)", de acuerdo con JUAN TOSET, Eva María, "La política de vivienda en Europa. Consideraciones desde la perspectiva de los Servicios Sociales de interés general", *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 25-2, 2012, p. 456.

31. Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (BOE 23/07/1960 núm. 176).

32. Real Decreto Legislativo 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (BOE 09/05/1985 núm. 111).

33. Ver también la relación entre forma de tenencia (en relación al esfuerzo y que éste sea menor en propiedad que en alquiler, *vid. infra*) y contracción del crédito y reducción de rentas salariales en RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., *La lenta reacción del mercado de vivienda*, "Ciudad y Territorio", Vol. XLVI, núm. 180, verano 2014, pp. 345 y 346.

34. Ver los detalles en RIVAS NIETO, Estela, "La tributación de la vivienda habitual", en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 252 a 261.

35. RIVAS NIETO, *La tributación*…, pp. 262 a 268. No obstante, incentivos fiscales al arrendador existieron desde 2002, concluyendo BORGIA SORROSAL, S. et al., *La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal*, "Revista jurídica de Castilla y León", núm. 24, mayo 2011, p. 39, que el estímulo fiscal en el IRPF desde el lado de la oferta (arrendador) es más efectivo que el hecho al a demanda (arrendatario).

36. RD 233/2013, de 5 de abril (BOE 10-4-2013, núm. 86, p. 26623).

37. Ley 4/2013, de 4 de junio (BOE 5-6-2013, núm. 134, p. 42244).

38. Vid. infra. todo lo relacionado con la reforma de la LAU en el Capítulo IV.

39. Ley 16/2012, de 27 de diciembre (BOE 28-12-2012), núm. 312, p. 88097.

40. En los Estados Unidos postcrisis del mercado de titulización hipotecaria se está mirando hacia la titulización de los alquileres de viviendas como financiación de las empresas dedicadas profesionalmente al alquiler. Ver http://finance.fortune.cnn.com/2012/09/18/wall-street-housing/, consultado el 15-1-2013.

41. Ver Capítulo IV.

42. Ver la práctica sobre el "cobro informal" del IBI al inquilino, cuando es un tributo claramente vinculado al dominio en RIVAS NIETO, *La tributación*…, pp. 265.

43. Lo que hemos denominado como "sistema de crédito territorial" (ver NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 29 a 48).

44. Así lo señala FERNÁNDEZ-REYES, Ángel Valero, "La hipoteca, una institución dinámica", *Revista de los Registradores de España, 150 aniversario de la Ley Hipotecario*, nº 58, Enero-Febrero 2011, p. 72. Con la LH de 1946 se perfeccionan el procedimiento judicial sumario, se introduce el procedimiento ejecutivo extrajudicial y se admiten nuevas modalidades hipotecarias como la hipoteca para asegurar el pago de rentas o prestaciones periódicas o la hipoteca unilateral, p. 73.

45. Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE 07-07-1944 núm. 189).

46. Ver, por ejemplo, la comparativa de ofertas en fotocasa.es (http://www.fotocasa.es/indice-inmobiliario__fotocasa.aspx, visitado el 25-7-2014).

47. MOLINA ROIG, E., *Spanish Report…* ob. cit.,

48. Sobre ello NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía*…, pp. 953 a 972.

49. De acuerdo con los arts. 1 y 12 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (BOE 15/05/1998 núm. 116).

50. Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 05/11/2003 núm. 265).

51. Artículo 53 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11/03/04 núm. 61).

52. Reguladas en la ley 11/2009, de 26 de octubre, de Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.

53. Ley 16/2012, de 27 de diciembre (BOE 28-12-2012), núm. 312, p. 88097.

54. Véase NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, "La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009", *Revista de Contabilidad y Tributación*, 321, 2009, pp. 11 y ss.

55. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *La lenta* …, pp. 345 y 346.

56. En la reforma fiscal de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, que regulaba el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE 29/11/2006 núm. 285).

57. De acuerdo a ESTIVAL ALONSO, L., *La Vivienda de Protección Pública*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008, pp. 37 y 38.

58. BORGIA SORROSAL, S., *El derecho constitucional a una vivienda digna. Régimen tributario y propuestas de mejora*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 131-134.

59. De hecho, está prevista la eliminación de la deducción por alquiler en el Anteproyecto de Reforma Fiscal (disponible en http://www.minhap. gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/Anteproyecto%20Ley%20IRPF.pdf). Así se deduce del art. 1.86 y de la Exposición de Motivos, que establece que "se suprime

la deducción por alquiler, homogenizando el tratamiento fiscal de la vivienda habitual entre alquiler y propiedad, si bien, al igual que cuando se suprimió la deducción por inversión en vivienda, se articula un régimen transitorio para los alquileres de vivienda efectuados con anterioridad a 2015 de manera que la supresión sólo afectará a nuevos alquileres".

60. A favor de esta reducción se manifestaban antes de la reforma ya BORGIA SORROSAL et al., *La vivienda …*, p. 218.

61. NASARRE AZNAR, Sergio, *La eficacia …* (en prensa).

62. Ver el *Projecte de llei d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya* (Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, 23-6-2014, Núm. 342, p. 32).

63. NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 739, 2013, pp. 3063 a 3122.

64. http://www.apemip. pt/tabid/121/xmmid/492/xmid/10977/xmview/2/language/pt-PT/Default.aspxe www.ine.pt

65. La denominada Troika ha sido integrada por el FMI, el BCE y por la Comisión Europea.

66. Esta Ley ha empezado su vigencia en el 12.11.2012.

67. El régimen portugués del alquiler presenta dos modalidades temporales de contratos: contratos con plazo fijo (que por defecto es 2 años, cuando las partes no ejercer su libertad para fijar límite de tiempo diferente) y los contratos con duración indefinida (art. 1094º del Código Civil).

68. www.bna.mj.pt

69. El régimen jurídico del BNA se encuentra en los artículos 15º a 15º-S de la Ley N. 6/2006, con la versión dada por la ley N. 31/2012 y en el Decreto Ley 1/2013.

70. http://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html

71. http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+sexo+%28percentagem%29-550

72. http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/cimt/cimt17.htm

73. http://www.portaldahabitacao.pt/pt/portal/habitacao/condominios/aspectosjuridicosguiahabitacao.html

74. http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/entidades/MJ/IRN/pt/SER_balcao+casa+pronta.htm#Qual%20o%20custo

75. http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/guia_fiscal/imi/FAQ_imi2.htm

76. http://casa.sapo.pt/Venda/Apartamentos/Apartamento/T2/Lisboa/?sa=11&AOP=1

77. http://www.todoscontam.pt/pt-PT/Principal/ContrairCredito/CreditoHabitacao/Paginas/CreditoHabitacao.aspx

78. http://casa.sapo.pt/Alugar/Apartamentos/Apartamento/T2/Lisboa/?sa=11&AOP=1

79. http://clientebancario.bportugal.pt/pt-PT/DireitosdosClientes/ApoioSobreEndividamento/Paginas/ApoioSobreEndividamento.aspx

80. https://bna.mj.pt/

81. En 2014 este valor disminuirá a 296 Euros.

82. http://www.apemip. pt/tabid/121/xmmid/492/xmid/10977/xmview/2/language/pt-PT/Default.aspx y www.ine.pt.

83. Información obtenida de la APEMIP (*Associação dos Profissionais e Empresas de Mediação Imobiliária de Portugal*): http://www.apemip. pt/tabid/121/xmmid/492/xmid/10943/xmview/2/language/pt-PT/Default.aspx

84. http://goldenvisa-portugal.com/FAQ.html

85. La mayor disminución en la venta de vivivendas se verificó en 2011 y en 2012, siendo respectivamente del 28% y del 18,4%: http://www.apemip. pt/tabid/121/xmmid/492/xmid/10977/xmview/2/language/pt-PT/Default.aspx y www.ine.pt

86. VAKILI-ZAD, C., *Housing Policy in Malta: Malta's Place in the Worlds of Welfare Capitalism*, YMCA, Valletta, 2007, p. 187.

87. CAMILLERI, A., *Building Trends and Policies 1943-1981*, Tesis entregada al Departamento de Arquitectura e Ingeniería Civil, Universidad de Malta, 1982, p. 78.

88. NSO, *Census on Population and Housing 2011*, 2014. En 1967 la proporción de vivienda en propiedad en relación al total del estoc era del 32%.

89. CENTRAL BANK OF MALTA, *Quarterly Review*, 3, 2013, p. 161.

90. Capítulo 69 de la Leyes de Malta.

91. The Rent Restriction (Dwelling Houses) Ordinance (Chapter 116 of the Laws of Malta).

92. PIROTTA, J.M., *Fortress Colony: The Final Act, 1945-1964*, Vol. III (1958-1961), Studia Editions, Malta, 2001, p. 514.

93. The Housing (Decontrol) Ordinance (Chapter 158 of the Laws of Malta).

94. Housing (Decontrol) (Amendment) Act (Act XXIII of 1979).

95. Housing Laws (Amendment) Act (Act XXXI of 1995).

96. Civil Code (Amendment) Act (Act X of 2009).

97. Esto representa la proporción de viviendas ocupadas con rentas inferiores a €1,500 por año (i.e. €125/month) sin muebles y €2,000 por año (i.e. €166/mes) con muebles. Estas cifras están claramente por debajo de la renta de mercado.

98. NSO, *Census 2011: Population & Social Conditions*, 2014, 287-297.

99. Duty on Documents and Transfers Act (Cap. 364), Article 32(4).

100. Legal Notice 393 of 2013.

101. Income Tax Act (Cap. 123), Article 31D. Si no, proprietaries estaran sometidos regularmente a los impuestos sobre la renta aunque se aplican tambien las reglas de la 'Deduction of Expenses in Respect of Immovable Property (Subsidiary Legislation 123.26), Article 3.

102. Los principales programas para propietarios de vivendas son: a) '*Grant to Assist Owners in the Construction and or Completion or Rehabilitation of their First Home*' (parejas casadas o prometidas; famílias monoparentales pueden beneficiarse de un máximo de €5,824); b) '*Subsidy on Adaptation Works in Residences occupied by Owners*' (la cifra máxima de asistencia es de €10,000); c) '*Acquiring My Home*' and '*Sir Sid Darek*' (disponible para inquilinos que residan en vivendas públicas con el fin de comprarla a un precio subsidiado); d) hasta hace poco, también, el '*Subsidy on Interest on Loans for the Purchase of the First Residence*'.

103. '*Subsidy on Adaptation Works in Residences occupied by Tenants*' (la cuantía máxima de asistencia es de €7,000 para inquilinos y €3,000 para arrendadores); '*Rent Subsidy in Private Rented Residences*' (la cuantía máxima va de un anual de €800 a €1000 dependiendo de si el hogar está compuesto por una sola persona o por varias).

104. La *Banking* Act autoriza, además, a la MFSA a aprobar reglas previstas para regular la conducta de la actividad bancaria (Banking Act, Article 4(2)).

105. Fondos cuyo objetivo es invertir en propiedad inmueble, centrándose obligatoriamente en inversores que son residentes solo se permiten en la forma de 'Professional Investor Funds' (PIFs) – un tipo especial de inversión colectiva que son regulados por las normas de la Investment Services Act (Cap. 370) y reguladas por la MFSA a través de las 'Investment Services Rules for Professional Investor Funds'.

106. INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Malta: 2013 Article IV Consultation*, IMF Country Report No. 13/203, Julio 2013, 7.

107. Entrevista con el asesor jurídico del Bank of Valletta, uno de los dos bancos locales más importantes, el 11 julio 2014.

108. Reletting of Urban Property (Regulation) Ordinance (Cap. 69), Article 16A. Si el inquilino, no obstante, aporta evidencias suficientes y válidas *prima* facie en su defensa, el caso se juzgará por procedimiento ordinario.

109. Civil Code, art. 1556 (las reparaciones estructurales son aquellas relacionadas con la estructura del edificio en sí mismo, incluyendo los techos). Los arrendadores están obligados, no obstante, a entregar el inmueble en buen estado y a asegurarlo contra defectos inherentes (arts. 1540 y 1545).

110. Condominium Act (Cap. 398), Article 11(4).

111. *Ibid*. Entrevista en YMCA Valletta (8 julio 2014).

112. Ministry for Social Policy, *Rent Laws: The Need for Reform*, 2009, ii.

113. VAKILI-ZAD, C., *Housing Policy in Malta…*, p. 151. Mientras que la falta de oferta de viviendas para alquiler privado hacía subir las rentas, la competencia entre los mayores bancos locales resultó en bajos tipos de interés y mayor acceso al crédito. Esto ha cambiado recientemente, dado que alquilar ha pasado a ser más barato, aunque la reducción de tipos de interés post-crisis ha reducido la diferencia. El alquiler de un apartamento de tres habitaciones es el equivalente al 75% de lo necesario para comprar la vivienda, a diferencia del 100% necesario en 1997 (CAMILLERI, D.H., *A long-term analysis…*, p. 50.

114. I. Martin, "18,000 foreign workers in Malta", *The Times (Malta)*, 11 febrero 2014. Disponible on-line en: http://www.timesofmalta.com/articles/view/20140211/local/18000-foreign-workers-in-malta.506409.

115. En aquel tiempo, tomar dinero a préstamo estaba estigmatizado y los bancos malteses eran reacios a prestar dinero a largo plazo.

116. MACDONALD, V., "Home Sweet Home?", *The Times (Malta) Business*, 23 September 2004 citado en VAKILI-ZAD, C., *Housing Policy in Malta…*, p. 150.

117. FARRUGIA, P. , "Malta's Housing Affordability Dilemma" in: BICC, *Housing Affordability in Malta*, (San Gwann: P. E.G., 2000), 57-62.

118. CAMILLERI, D.H., *A long-term analysis…*, p. 40. El mismo autor confirma que la crisis mundial ha sido muy beneficiosa para los malteses que compran vivienda por primera vez.

119. Subsidiary Legislation 378.10.

120. *Ibid.* IMF, 2013, 7. El negocio conservador también lo confirmó la Comisión Europea en su informe "Macroeconomic Imbalances Malta 2013", *European Economy: Occasional Papers 139*, abril 2013, 28.

121. National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), *I'm Not Racist, But…: Immigrant & Ethnic Minority Groups and Housing in Malta*, 2012, 67.

122. Civil Code, Article 1614.

123. Civil Code, Article 1615.

124. Algunos contratos pueden incluir cláusulas que permitan al arrendatario abandonar el inmueble sempre que lo comunique con tiempo suficiente al arrendador.

125. Artículo 4(1).

126. 2013 Discurso sobre el Presupuesto ofrecido por el Ministro de Finanzas el 28-11-2012.

127. http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028772256&categorieLien=id

128. En Malta, siguen creciendo los préstamos hipotecarios (CENTRAL BANK OF MALTA, *Monetary Statistical Release 03/2014*, 1 Julio 2014. Disponible online en: http://www.centralbankmalta.org/site/pr1main.asp?ItemId=785), de manera que los arrendamientos quedan para los malteses de rentas bajas e inmigrantes.

129. Ver NASARRE AZNAR, Sergio, *La eficacia de la Ley…*, ob.cit.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARAMBURU OTAZU, M., *La resignificación de la tenencia de la vivienda en Cataluña delante de la crisis económica: aproximación a través de grupos de discusión*, Barcelona: Secretaria d'Habitatge i Millora Urbana de la Generalitat de Catalunya, 2010.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Principales estadísticas del mercado hipotecario. Año 2013*, 2014.

BORGIA SORROSAL, S., *El derecho constitucional a una vivienda digna. Régimen tributario y propuestas de mejora*, Dykinson, Madrid, 2010.

BORGIA SORROSAL, S. et al., *La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal*, "Revista jurídica de Castilla y León", núm. 24, mayo 2011

CAMILLERI, D.H., "A long-term analysis of housing affordability in Malta", *International Journal of Housing Markets and Analysis*, 4(1), 2011.

CAMILLERI, A., *Building Trends and Policies 1943-1981*, Tesis entregada al Departamento de Arquitectura e Ingeniería Civil, Universidad de Malta, 1982.

CAMILLERI, A., "Malta: A Plea for Bi-partisan Consensus", comunicación presentada a la *Housing Affordability Conference*, Malta, 1995.

CENTRAL BANK OF MALTA, *Quarterly Review*, 3, 2013.

CENTRAL BANK OF MALTA, *Monetary Statistical Release 03/2014*, 1 Julio 2014.

COMISIÓN EUROPEA, "Macroeconomic Imbalances Malta 2013", *European Economy: Occasional Papers 139*, abril 2013.

ESTIVAL ALONSO, L., *La Vivienda de Protección Pública*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008.

EUROSTAT. *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union 2010.*

FERNÁNDEZ-REYES, Ángel Valero, "La hipoteca, una institución dinámica", *Revista de los Registradores de España, 150 aniversario de la Ley Hipotecario*, nº 58, Enero-Febrero 2011.

FOTOCASA, *Los españoles y su relación con la vivienda*, Fotocasa.es trends, 2011.

FUNDACIÓN ENCUENTRO, *Informe España*, 2013.

GESTHA, *Cuarta edición del informe sobre los alquileres sumergidos en España*, Madrid, 2008.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Malta: 2013 Article IV Consultation*, IMF Country Report No. 13/203, julio 2013

JUAN TOSET, Eva María, "La política de vivienda en Europa. Consideraciones desde la perspectiva de los Servicios Sociales de interés general" *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 25-2, 2012.

MINISTRY FOR FINANCE, *Budget Speech 2014*, leído por Hon. Edward Scicluna el 4 de noviembre de 2013.

MINISTRY FOR SOCIAL POLICY, *Rent Laws: The Need for Reform - Explaining the Reform,* "Introduction" by former Minister John Dalli, 2009.

MOLINA ROIG, E., *Spanish Report on residential leases*, Project "Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe" (TENLAW), EU 7th Framework Programme.

NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

NASARRE AZNAR, Sergio, *La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo*, "RCDI", 2015 (en prensa).

NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, "La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009", *Revista de Contabilidad y Tributación*, 321, 2009.

NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor, "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 739, 2013.

NEREDO PÉREZ, J. M., "Perspectivas de la vivienda", *Revista de Economía ICE,* núm. 815, Mayo-Junio 2004.

NSO, *Census on Population and Housing 2005.*
NSO, *Census 2011: Population & Social Conditions*, 2014.
PAREJA-EASTAWAY, M. y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, M.T., "El mercado de vivienda en España: la necesidad de nuevas propuestas", en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011.
PIROTTA, J.M., *Fortress Colony: The Final Act, 1945-1964*, Vol. III (1958-1961), Studia Editions, Malta, 2001.
RIVAS NIETO, Estela, "La tributación de la vivienda habitual", en NASARRE AZNAR, Sergio (dir.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Edisofer, Madrid, 2011.
RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., *La lenta reacción del mercado de vivienda*, "Ciudad y Territorio", Vol. XLVI, núm. 180, verano 2014.
VAKILI-ZAD, C. y J. HOEKSTRA, J., "High dwelling vacancy rate and high prices of housing in Malta a Mediterranean phenomenon", *Journal of Housing and the Built Environment*, 26(4), 2011.
VAKILI-ZAD, C., *Housing Policy in Malta: Malta's Place in the Worlds of Welfare Capitalism*, YMCA, Valletta, 2007.
WHITEHEAD *et al.*, C., *The Private Rented Sector in the New Century – A Comparative Approach*, Septiembre 2012.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

ESTUDIOS

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

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 Marí

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

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)

EQUALITY OF ARMS AND ASYMMETRY PROSECUTION-DEFENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS BASED ON THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

(Reference to the Bill of Criminal Procedure of 2011 and the Draft Criminal Procedural Code 2013)

Pedro Crespo Barquero

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.

ABSTRACT

The eternally postponed comprehensive reform of the Criminal Justice system in Spain should not be approached with the aim of improving the efficiency of the prosecution system, but also —and even primarily— as a chance to adjust the structure and organization of criminal procedures according to a primary purpose to be fulfilled in a democratic society: the protection of fundamental rights and guarantees of citizens facing the exercise of the *ius puniendi* by the state, and all the other participants in the procedure, and in particular, the victims. This requires the overcoming of the old inquiry design and the replacement of the current model for another, which should be truly inspired by the principles of the presumption of innocence and the equality of arms, considering that prosecution and defense entitle different rights. The Bill of Criminal Procedure passed in 2011 and the Draft Criminal Procedural Code published in 2013 have faced this challenge with a different approach and an unequal outcome.

KEY WORDS

Reform of the criminal procedure, Equality of arms, Presumption of innocence, Principle audi alteram partem, Inquiry process and prosecution process, Equitative process, Prosecution and defence, Charging judgment, Defendant intervention in the oral proceeding, Second criminal hearing

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 Sala del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Proceso, verdad, presunción de inocencia e igualdad de armas. A. Proceso penal y política legislativa. B. La función del proceso: verdad y presunción de inocencia. C. La función debe configurar el órgano, y no al revés: la posición procesal de juez y partes. D. Igualdad de armas y proceso equitativo: la asimetría como canon de igualdad. a) El alcance constitucional de la igualdad de armas en el proceso penal. b) La igualdad de armas en el contexto de un proceso penal equitativo. c) Conclusión: la asimetría como canon de igualdad. Un proceso regido, como mínimo, por la igualdad de oportunidades. 2. La igualdad de armas en el anteproyecto de Ley de 2011 y en la propuesta de Código Procesal Penal de 2013. A. La intervención secuencial de acusaciones y defensas en la fase de investigación. a) El derecho a impedir o cerrar la investigación. b) La investigación complementaria de la defensa. c) El derecho a impedir la apertura del juicio si no hay fundamento para ella. d) El derecho a preservar la prueba de descargo. e) Las medidas cautelares. B. La posición del acusado en el juicio oral. C. La discriminación de motivos para acceder a la segunda instancia, y la presencia del acusado en ella. a) El acceso al recurso de apelación. b) La posición procesal de las partes en la segunda instancia. 3. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. PROCESO, VERDAD, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IGUALDAD DE ARMAS

A. PROCESO PENAL Y POLÍTICA LEGISLATIVA

Como reiteradamente viene denunciando un sector mayoritario de la doctrina[1], en las últimas décadas la preocupación del Legislador español se ha centrado y su acción se ha concentrado en el llamado *populismo penal*, derecho penal simbólico o, en términos aún más descriptivos, "derecho penal de telediario". Jugando a las paradojas, podría decirse que la mayor obra legislativa de la etapa democrática en el ámbito de la Justicia penal, la aprobación del Código Penal de 1995, no es, en realidad, más que el punto de partida de los numerosos esfuerzos realizados después para dejarlo irreconocible.

Con independencia de la fuerza política gobernante, el titular mediático que ha glosado cada una de las decenas de reformas acometidas en aquel texto ha ensalzado, una vez tras otra, el orgulloso tránsito hacia *"el Código Penal más duro de la democracia"* con el fin de *"dar una respuesta contundente"* a diversos fenómenos criminales. En eso se ha venido a entender que consiste —por más que el tan citado como burlado Marqués de Beccaría pensase otra cosa[2]— "*la eficacia de la Justicia Penal*"[3] sin que, eso sí, consten en general datos acerca de la efectividad de tales cambios, proyectados sobre unas tasas de criminalidad que por otra parte son —y eran en el punto de partida— de las más bajas de Europa[4].

Ese prolífico campeonato de rigorismo y supuesta "eficacia" ha tenido inevitables consecuencias en el terreno procesal. Dejando a salvo algún verso suelto como la Ley del Jurado, la hoja de servicios del Legislador de la democracia en relación con la Justicia penal se ha limitado básicamente, durante décadas, a la porfiada búsqueda de fórmulas de celeridad y eficiencia, sin llegar a conseguir por cierto ni lo uno ni lo otro, al menos en aquellos procesos de mayor entidad a través de los que realmente los ciudadanos valoran el papel de la Justicia en el funcionamiento del sistema democrático. En realidad, más que de una auténtica política legislativa dirigida a la realización de objetivos basados en valores (los valores de la Constitución), el tratamiento normativo de esta materia se concreta en una sucesión de ocurrencias forzadas por el vértigo ante el vacío sobrevenido que genera lo imprevisto, la presión mediática, el conflicto social inminente o la amenaza de colapso burocrático. El referente político-legislativo constante ha sido esa visión *productivista* que identifica el proceso penal (y la Justicia en general) con una fábrica de resoluciones cuyo fin es absorber la litigiosidad pendiente, regida casi en exclusiva por criterios de gestión de recursos[5].

Sumidos en el día a día, preocupados de dar respuesta "contundente" en los titulares de la jornada al último hecho criminal *mediático* y de digerir las reivindicaciones de los diversos cuerpos de funcionarios —empezando por jueces y fiscales— que precisamente lidian con ese quehacer cotidiano, los sucesivos gobiernos, titulares de la iniciativa legislativa, ajenos en general a todo abordaje dogmático o teórico de la problemática penal, han abdicado paladinamente, igual que el propio Poder Legislativo, de la tarea de poner en pie (y en serio) una verdadera *política criminal,* y con ella un auténtico *sistema penal democrático*, entendiendo por tal no cualquiera que exista en un Estado que se autoproclama *de derecho*, sino el que verdaderamente asume e incorpora ciertos valores —por ejemplo, como se ha dicho, los que la Constitución española proclama— haciéndolos inherentes a su estructura y funcionamiento.

La desgana político-legislativa ha acarreado, entre otras originalidades si hablamos de un modelo etiquetado como *de derecho continental*, que muy buena parte del edificio de las garantías procesales sea de factura jurisprudencial. El *sistema* (por denominarlo de algún modo) procesal penal vigente hoy en España es, recauchutados normativos aparte, el fruto

de una compleja tarea de "reinterpretación" de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal de Alonso Martínez a la luz de unos principios y en unas coordenadas históricas, sociales y políticas impensables cuando esa norma se promulgó. Pero ni la notable obra del Tribunal Constitucional, sobre todo en sus primeros años y en algunas resoluciones de los 90, ni la evolución de la Jurisprudencia —o jurisprudencias, esa es otra veta para la reflexión— de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, han logrado, lógicamente, llenar el vacío inconcebible generado por un Legislador que en más de tres décadas ha tenido tiempo para casi todo menos para atender, con rigor y congruencia, precisamente al área más sensible de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos: el proceso penal.

Bien al contrario, las frecuentes concesiones a ese discurso políticamente correcto del *rigor punitivo* han generado un caldo de cultivo en el que el proceso penal tiende a configurarse como un simple protocolo estandarizado para la condena. La vieja "teoría ferroviaria" que nos explicaron en su día[6], según la cual el tren del proceso (en cuyos vagones viajan los conceptos: la competencia, la legitimación, las garantías, las cargas y las facultades, las obligaciones y los derechos) circula por la vía del procedimiento, se ajusta bien a la idea de que lo importante es que el convoy llegue sin descarrilar a la estación término, que es la sentencia. Naturalmente, condenatoria, pues al mismo tiempo nos enseñaban que toda absolución es fruto de un error: un error del acusador o un error del tribunal; y por tanto, un descarrilamiento.

Así se acaba entendiendo el proceso penal como un mecanismo que el Estado de Derecho ofrece para condenar a los delincuentes de manera certera e irreprochable. De hecho, en su enunciado textual esta idea puede aparentar no estar tan lejos (tanto como está una cara de la moneda de la otra) de la vieja posición liberal que vinculaba las garantías procesales al designio de impedir que un inocente pudiera ser condenado o, un paso más allá, a juzgar que en virtud de determinados valores —en expresión atribuida a Voltaire— incluso vale más arriesgarse a salvar a un culpable que condenar a un inocente.

Ocurre sin embargo que, en esa intuitiva y extendida concepción del proceso penal como cauce viario abocado hacia la condena, la seguridad y certidumbre que pueden aportar las garantías procesales no se identifican con los valores democráticos (despectivamente asociados, con frecuencia, al denostado *hipergarantismo*), sino con una visión mucho más "funcional". Si partimos de la convicción de que quien se sienta en el banquillo o incluso el que adquiere la temprana condición de imputado es —a veces flagrantemente— culpable, la función del proceso consiste tan solo en confirmar esa presunción y elevarla a rango de certeza "con todas las garantías", esto es, acreditando que se han salvado todos los "obstáculos" o "filtros" que imponen los derechos fundamentales, y evitando por consiguiente que dicho culpable "se libre" por "tecnicismos". O sea, la actualización más o menos dulcificada de lo que Calderón expresó con su habitual rotundidad: "*Y aquí, para entre los dos/ si hallo harto paño, en efeto/ con muchísimo respeto/ os he de ahorcar, ¡juro a Dios!*"[7].

Sin duda, esa construcción de honda raíz inquisitiva encaja bien con el discurso rigorista de la "eficiencia penal" que convence a amplios sectores sociales, y, en atención a éstos, a todos los partidos políticos que quieren ganar o no perder las elecciones (y que, las ganen o las pierdan, he aquí el problema desde la perspectiva jurídico-penal, *son* el Poder Legislativo). Y por ello ese modelo pervive, de manera más o menos sutil —en todo caso, no menos efectiva— en muchos aspectos de nuestra práctica forense.

Resulta hasta cierto punto comprensible que así sea. El envite modernizador de Alonso Martínez quedó congelado e incluso entró en *franco* (fácil juego de palabras) retroceso cuando ni el respeto a los derechos humanos era una prioridad ni la Justicia un servicio públi-

co —ni mucho menos un poder del Estado— concebido para mejorar la calidad democrática de la convivencia en nuestra sociedad, sencillamente porque no se trataba de una sociedad democrática. El modelo de proceso penal vigente en España el día que se aprobó la Constitución de 1978 era, en numerosos y sustanciales aspectos, mucho más incompatible con sus valores que el texto original de la LECrim de 1882. La temprana y sorprendente abdicación del Legislador democrático de su responsabilidad de dirigir el cambio procesal hacia un auténtico sistema de garantías ha ido dejando por tanto un vacío muy difícil de colmar con congruencia y solidez. El salto constitucional se operó, como se ha dicho, mediante la paulatina definición y delimitación jurisprudencial de esos valores por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y sobre la base de su asunción reivindicativa por los ciudadanos. Asunción que, entre otros factores, está en el origen de la onda expansiva de ese crecimiento de la litigiosidad cuyo impacto no ha conseguido absorber en treinta años la generalmente mal administrada y aún peor "modernizada" Administración de Justicia. El proceso penal ha sido, en definitiva, redefinido y reinventado de manera lenta y fragmentaria desde la propia Justicia, en pugna las más de las veces con una considerable falta de medios y, sobre todo, con el desconcierto y la dispersión que esa endémica orfandad normativa puede producir en un sistema ajeno por completo a la tradición del *precedente judicial* como fuente del Derecho.

No es de extrañar, pues, que la búsqueda de la "eficacia" del proceso más que la preocupación por su razón de ser en un Estado democrático, y cierta prevención ante las posibles repercusiones estructurales de mayores cambios, hayan sido la tónica general de esa lenta evolución jurisprudencial. Si se piensa que la resolución del Tribunal Supremo en que se pergeñaron las garantías para la interceptación de las comunicaciones telefónicas se dictó catorce años después de entrar en vigor la Constitución[8], y que el Tribunal Constitucional ha tardado treinta y tres años en proclamar que no se puede colocar un micrófono para grabar lo que dice un detenido en el calabozo porque, sencillamente, se trata de una restricción de derechos fundamentales que no está prevista en la ley[9], puede experimentarse cierto vértigo; pero el problema verdadero es que no parece inquietar a nadie con capacidad para remediarlo el hecho de que los ciudadanos no tengan modo de saber —salvo estudiando jurisprudencia— cómo, cuándo y por qué el *sistema* permite que sus conversaciones más íntimas puedan ser escuchadas por terceros, y la información que así se obtenga pueda ser utilizada contra ellos ante un Tribunal.

B. LA FUNCIÓN DEL PROCESO: VERDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tal vez lo más preocupante, en el contexto que se acaba de describir, sea que el poso inquisitivo adherido a esa visión *tradicional* también pervive, con efectos de gran trascendencia, en amplios sectores (no necesariamente etiquetables como "conservadores") de nuestra dogmática, muy anclada aún en la acrítica identificación de la función del proceso penal con la "búsqueda de la verdad material". De manera casi siempre inadvertida, ese reflejo atávico ha obstruido permanentemente la evolución de nuestro sistema hacia un modelo más moderno. Y —peor aún— puede seguir constituyendo un obstáculo el día en que la palmaria insostenibilidad de dicho sistema termine abocando, por la vía del colapso institucional o de la presión externa basada en las necesidades de la cooperación judicial internacional, al cambio que no ha conseguido la lógica democrática: la superación del proceso penal decimonónico.

Seguimos así aceptando impertérritos, incluso como premisa de todo cambio, que la misión ideal del proceso penal, su razón de ser, es hallar "la verdad" (con el apellido de "material", además, para distinguirla de la verdad "formal" que se dice que reina en los otros órdenes jurisdiccionales), o sea, comprobar si lo

que se sospecha ocurrió en realidad, y ocurrió tal y como se sospecha que ocurrió. Se trata —como hemos visto— de corroborar la sospecha inicial y transformarla, a través del itinerario procesal, en sentencia condenatoria. Un escenario en el que los derechos fundamentales no tienen, desde luego, un valor *esencial* o *constitutivo* del modelo procesal, sino que se perciben, en el sentido apuntado, como las balizas que señalan sus límites o incluso como una especie de mera herramienta/test de validación de la "corrección procedimental".

Ese modo de razonar en torno a la "verdad material" subyace —por mencionar un caso a título simplemente ilustrativo de lo que en realidad constituye una visión doctrinal ampliamente aceptada o no cuestionada— en la contribución del profesor Gómez Colomer al libro-homenaje al catedrático y magistrado emérito del Tribunal Constitucional Tomás S. Vives[10], donde aquél enumera las cuestiones que a su juicio deberán plantearse en la configuración de un nuevo proceso penal en nuestro país. Se pregunta el autor *"¿qué queremos volitivamente con el proceso penal?*, y se responde que esta cuestión *'es la que más me preocupa en estos momentos, porque nos vamos a fijar en un sistema* [se refiere al modelo adversarial anglosajón]*, y de hecho lo vamos a incorporar casi seguro en sus esencias más conocidas, en el que el fin principal del proceso no es hallar la verdad, sino obtener una declaración de culpabilidad. Claro es que ingleses y norteamericanos quieren que se condene al verdadero culpable, obviamente, pero lo importante para ellos no es si al final se produce esta coincidencia jurídica, sino que o bien el Jurado emita un veredicto de culpabilidad o bien que el propio acusado se declare culpable, por tanto que exista tal declaración. En mi opinión, esto no es admisible tampoco culturalmente en España. Ciertamente hallar la verdad no es el único fin del proceso penal, pues tutelar los derechos fundamentales del acusado y los derechos de la víctima son fines igualmente valiosos, pero sí es el fin principal, y a ello no podemos renunciar. En otro caso, el propio proceso penal estaría de más".*

Como puede verse, adicionalmente apoyado en una —desde luego innegable— *excepción de orden público "cultural",* ese discurso se sustenta sobre el sobreentendido *irrenunciable* de que la *búsqueda de la verdad* es el fin no ya principal, sino *esencial* (esto es, imprescindible y definidor) del proceso penal. Un proceso en el que, aun desde la declarada posición garantista sin duda reconocible en la obra de quien así lo describe, los derechos fundamentales desempeñan un papel *valioso,* pero inevitablemente complementario o instrumental de ese *fin esencial*. Y esto se confronta con la cultura anglosajona en la que el objeto y el fin del proceso se contraen en exclusiva —como por otra parte se desprende del propio término *adversarial* que utiliza Gómez Colomer— al debate sobre la acusación, en los términos en los que esta se concrete, en orden a buscar una solución (lógicamente la acusación pretende la condena) que cierre el conflicto. Por eso cree este autor que importar un modelo semejante sería *"consagrar el no-proceso, que el proceso no tenga lugar, como meta ideal del proceso".*

Sin embargo, incluso dejando aparte por ahora los aspectos *culturales* de nuestro sistema —forjados, no se olvide, en el fuego de una dilatada tradición inquisitiva—, ese sobreentendido no es tan incuestionable como podría deducirse del razonamiento que se acaba de transcribir (por más que sea preciso reconocer, hay que insistir, que la posición de su autor está ampliamente extendida en la doctrina procesalista española y de otros países herederos de esa misma tradición[11]).

En efecto, para descubrir una opinión bien distinta basta con acudir al propio homenajeado (Vives), que en la versión larga de sus *Fundamentos del Sistema Penal*[12] ofrece una visión alternativa acerca de la razón de ser del proceso penal, basada precisamente en la preeminencia de su función de garantía de los derechos fundamentales[13]; en particular, de la presunción de inocencia como *expresión abreviada del conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado*. Bajo los epígrafes "*El proceso penal de la presunción de inocen-*

cia" y "*Proceso y verdad: "más allá de toda duda razonable"* "el autor, partiendo de una cita de Foucault, pone en tela de juicio *"la opinión común de que la búsqueda de la verdad histórica, principio inspirador de la vieja inquisitio, pueda explicarse en términos de racionalidad"*.

Sería imposible —por extensión— y absurdo —porque lo recomendable es acudir a la fuente original— intentar reproducir aquí el detalle de ese discurso. Pero en lo fundamental cabe subrayar dos ideas:

La primera es que la noción de verdad material o histórica —sobre la que, recuerda Vives, descansa la *inquisitio*— presupone una concepción descriptiva según la cual *"la verdad es algo que puede establecerse por un sujeto aislado con solo comparar el enunciado y la cosa, los hechos ocurridos y la descripción que se hace de ellos, que no ha de ser sino una imagen especular de los mismos. Pero ese modo de concebir la verdad* —advierte—*, respecto al que el contradictorio aparece como una mera exigencia externa, es tributario de una determinada estructura de poder, en la que éste —el poder— y aquélla —la verdad— se concentran en manos del aparato estatal"*. Esta última afirmación se sustenta, como se ha señalado, en una reflexión de Foucault[14], que afirma: *"yo no creo que el procedimiento de indagación sea simplemente el resultado de una especie de progreso de la racionalidad. No fue racionalizando los procedimientos judiciales que se llegó a él; fue toda una transformación política, una nueva estructura política, la que hizo no solo posible sino además necesaria la utilización de este procedimiento en el dominio judicial. La indagación en la Europa medieval es sobre todo un proceso de gobierno, una técnica de administración, una modalidad de gestión; en otras palabras, es una determinada manera de ejercer el poder"*. De este modo —prosigue Vives Antón— *"con el tránsito de la* inquisitio *al proceso acusatorio no se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder —esto sería una quimera, ya que la verdad es, ella misma, poder— sino de quitársela de las manos al aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la* inquisitio, *y ponerla en las del pueblo, como el sistema democrático exige"*. De manera que *"este cambio se produce ya, en buena medida, por la introducción de un sistema de garantías mediante el cual el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal y por la configuración de una estructura constitucional que pretende mantener a los jueces alejados de ese aparato, independientes de él, pudiendo, pues, decidir imparcialmente entre las pretensiones de verdad y validez del Estado y las del imputado"*.

La segunda idea —por no decir constatación empírica— que conviene retener es que esa tradicional concepción descriptiva o especular de la verdad "*no tiene en cuenta que, cuando finaliza el proceso, los hechos han desaparecido y el espejo ya no refleja nada. Quedan sólo narraciones diversas entre las que el Tribunal ha de optar valorando imparcialmente los diversos discursos justificativos. De este modo, 'verdadero' pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió (que ya no nos es accesible), sino lo mejor justificado"*. A partir de ahí, mediante un "retorno a Kant", la verdad *"puede definirse, en principio, como 'asertabilidad' garantizada o como creencia justificada racionalmente y, por lo tanto, capaz de producir un consenso racional. El consenso racional pasa, así, a constituir no sólo el método de búsqueda de la verdad y el criterio de verdad, sino el núcleo del concepto de verdad, que descansa sobre la idea de justificación racional"*. Y *"delimitada así, inicialmente, la verdad como justificación racional, parece cohonestarse con la idea de prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Esa es, en un proceso acusatorio, la carga que se impone al poder del Estado para que la imposición del castigo sea legítima. De lo dicho se infiere que la verdad opera como un límite del poder del Estado en la medida en que ha de soportar la carga de la prueba de la culpabilidad, y que, por tanto, no hay contraposición entre verdad y presunción de inocencia más que si se adoptan determinadas concepciones de la verdad, y más exactamente, si se adoptan las concepciones de la verdad presupuestas por el proceso inquisitivo"*.

Obsérvese que en la confluencia de esas dos ideas se encuentra, precisamente, el contrapunto de la reivindicación "cultural" de nuestra tradición jurídica. Si Vives lleva razón, es urgente sustituir esa concepción tradicional por una *cultura constitucional* del proceso penal. Lo que se pone de manifiesto en los párrafos que se acaban de transcribir es que, en definitiva, la "verdad" material de la que habla Gómez Colomer no presenta, en el terreno de la realidad, de lo tangible, una naturaleza sustancialmente distinta del resultado *consensual* que él mismo combate como forma de *no-proceso.*

Se trata, al fin y al cabo, de una gran falacia. En uno y otro caso la conclusión fáctica no es, en modo alguno, *lo que ocurrió*, sino un *relato* de lo que ocurrió, reconstruido en términos que se pretenden racionalmente justificables, y, en esa medida, consensualmente aceptados. La diferencia reside, más que en el *qué,* en el *cómo*: en el procedimiento por el que se llega a ese consenso acerca de lo que racionalmente cabe entender que podríamos ver en el espejo si hubiéramos llegado a tiempo de ponerlo enfrente de la —valga la expresión— *verdadera realidad.*

El modelo inquisitivo reserva al Estado —al juez, *ayudado* por el fiscal— la condición exclusiva y excluyente de depositario y oráculo de "toda la verdad", confiando a su autoridad la facultad de fijar unilateralmente una hipótesis que se acepta como la imagen especular de lo sucedido. El otro modelo persigue el objetivo más modesto, menos ambicioso —¿quizá más realista?— de determinar simplemente si una persona es responsable (el contenido de este concepto lo perfila la ley) de la conducta por la que se la acusa. El acusado no se enfrenta a "la verdad"; se enfrenta a una concreta acusación.

No es casual que desde lo que podrían considerarse las antípodas en el punto de partida de aproximación al problema, esto es, desde la visión pragmática y experimentada de un fiscal español que ha actuado como fiscal ante un tribunal internacional (*naturalmente* regido por los estándares del régimen adversarial anglosajón) el punto de llegada sea casi milimétricamente el mismo que se alcanza a través del hilo argumental de Vives y Foucault. Salvador Viada[15] nos explica que *"en mi opinión resulta evidente la confrontación entre el deber del Juez de averiguar la verdad y los intereses de las diversas partes procesales y singularmente con la investigada, lo cual es especialmente patente cuando la verdad perjudique a alguna de ellas. Para algunas partes procesales, lo importante será "ganar" el caso, o por lo menos salir del proceso con el menor perjuicio posible. Ello debería hacer reflexionar sobre la idoneidad del Juez de Instrucción como garante de los derechos de las mismas. Pensemos que en la instrucción de los delitos hay un conflicto entre quienes buscan la verdad y a quienes la verdad les perjudica. En ese conflicto, el Juez se considera a sí mismo actuando imparcialmente. Pero lo hace exactamente igual que lo hacen los fiscales en el día a día de su actuación. Imparciales, sí. Pero partes al fin. ¿Qué clase de verdad se busca en el proceso penal? Parece claro que la búsqueda de una verdad absoluta, una verdad histórica y única de lo ocurrido realmente, no puede ser una aspiración realista. (…). Lo que existirá será una declaración de convicción judicial de que ese hecho se ha producido, o una declaración que manifieste dudas sobre el particular. Pero si se analiza bien, lo que el Tribunal hace no es declarar algo como ocurrido o no, sino en el contexto, en el marco de una acusación. Esto es fundamental. La proposición de la acusación es lo que es analizado por el Tribunal. No cualquier verdad material es objeto del proceso penal, sino sólo la delimitada por los escritos de acusación. Esa verdad relativa, situada en el tiempo, referida a una persona acusada, y determinada por una afirmación que hace el Fiscal (u otra acusación) es lo que el Tribunal va a considerar como verdadero o falso; (…) A mi modo de ver, la aspiración del art. 299 de nuestra Ley procesal de que el Juez haga constar "todas" las circunstancias que puedan influir en la calificación de la conducta, supone un error gravísimo de método y mucho menos que una garantía para la defensa. Es una proposición que parte de que es posible encontrar una verdad absoluta histórica de lo ocurrido, cuando la realidad es que lo único que hace falta*

acreditar es lo que la acusación sostendrá en sus escritos de conclusiones provisionales. Ese mandato del art. 299 LECr. abre una peligrosa puerta hacia la inquisitio generalis (contraria, entiendo, a una interpretación racional del art. 24.2 de la Constitución española), y es todavía más peligrosa porque crea hábitos en los jueces de instrucción tendentes a considerar que su misión es la averiguación de todo lo ocurrido, aunque la acusación pueda considerar que el Juez invade terrenos de prueba difícil o improbable o no delictivos respecto de los cuales la acusación entienda que el acusado no tenga responsabilidad alguna (…).”

Como puede comprobarse, el cauce filosófico-teórico y el curso empírico conducen a la misma desembocadura. De hecho, estas ideas estaban ya presentes en el pensamiento del mismísimo Alonso Martínez, cuando en la exposición de motivos de la LECrim decía que del viejo sumario inquisitivo “*resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado. Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana*”.

En suma, y en contra de lo que parece afirmar Gómez Colomer en el pasaje transcrito al comienzo, dando testimonio de su prevención frente el mito de la “eficacia” adversarial que a toda costa busca una condena, hay sólidas razones para sospechar que la contraposición de modelos basada en el concepto de “búsqueda de la verdad” no se sostiene en pie ni en el plano de la fundamentación histórico-filosófica ni en el de la constatación empírica. Ni tampoco en el terreno de los objetivos y los fines del proceso: de hecho, como igualmente se apuntó, la meta del proceso vigente en España es también condenar *salvando correctamente todos los obstáculos*, y el concepto de “verdad” que empleamos no es otra cosa que un mecanismo de justificación consensual o convencional y pretendidamente racional de la condena. Incluso parece obvio que de ese modo la condena es el “fin” —es decir, la finalidad— del proceso inquisitivo con mucha más intensidad que en el modelo adversarial anglosajón, porque en el primero se buscan *todas las razones* que pueda haber para condenar (y, teóricamente, para absolver), mientras que en el segundo se trata exclusivamente de comprobar que la acusación, tal y como se formula y se sostiene por el acusador, que es quien ha de aportar las pruebas, se sustenta más allá de toda duda razonable: si no es así, la regla general inexorable es la absolución. No hay más “verdad” que indagar; la única verdad es que si no se alcanza esa convicción indubitada, el acusado no puede ser condenado. La búsqueda de “la verdad”, como categoría filosófica o epistemológica, no corresponde al ámbito del Derecho, y menos al Derecho penal, en el que esa actividad indagatoria interfiere frecuentemente con los derechos fundamentales de los ciudadanos. El proceso prospectivo, la *inquisitio generalis* (que se ajusta mejor que ningún otro procedimiento a la esforzada “búsqueda de la verdad”, como advierte Viada). sí que puede tacharse de auténtico *no proceso*.

De ahí que, seguramente, lo importante para la evolución del modelo procesal no sea esa intangible y ficticia noción de la “verdad”, que intentamos reconstruir escudriñando el fondo de un espejo que ya no refleja nada más que la visión y la intención de quien lo mira. Ni tampoco la artificiosa necesidad de evitar que la condena aparezca como el objetivo al que funcionalmente se orienta el proceso: claro que todo proceso tiene como meta final —e incluso como única meta legítima *a priori*— la condena; si se formula una acusación es (y de hecho, *solo debe ser*) para tratar de obtener la condena. Si no hay expectativa fundada de condena no debe haber acusación, y si no hay expectativa fundada de acusación no debe haber proceso. Esas son exigencias inmanentes de

un sistema de garantías basado en la presunción de inocencia.

Pero la función de un proceso penal verdaderamente propio del Estado democrático no puede ser justificar o validar la condena "salvando los obstáculos" que derivan de las garantías del acusado, sino asegurar que esa condena solo podrá producirse si la acusación queda probada con pleno respeto de esas garantías, más allá de toda duda razonable. Esa *actitud inversa,* que —como se advirtió— en una aproximación superficial puede parecer una forma diferente de describir lo mismo, revela sin embargo la esencia del proceso penal democrático: se trata de que el acusado, presumido inocente, se pueda defender con eficacia de aquello de lo que le acusan, y *solo* se tenga que defender de eso; entendiendo por "defensa eficaz" la que cuenta con las armas idóneas para poder como mínimo —y en realidad, como máximo, pues no necesita más para evitar la condena— establecer una duda razonable acerca de su culpabilidad ante un juez imparcial.

En el modelo que, parafraseando a Alonso Martínez, *restablece la igualdad,* no se trata de que, de acuerdo con su personal y unilateral convicción[16], el juez —el Estado— "oídas las partes", fije su propia "verdad procesal", sino de resolver un concreto conflicto conforme a unas rigurosas reglas de juego que concretan: a) qué es lo que hay de probar —la acusación—; b) quién lo tiene que probar —el acusador—; c) cómo lo puede probar —con pruebas obtenidas y practicadas con arreglo a la ley—; d) quién decide que las pruebas cumplen esos requisitos y excluye las que no los cumplen —el juez—; etc[17]. Todo ello en torno a dos premisas: 1) el acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario, más allá de toda duda razonable y exactamente de la manera que prescribe la ley; y 2) en consecuencia, todo el proceso ha de organizarse *funcionalmente* a partir de la premisa anterior.

Esa es la vía por la que la presunción de inocencia se configura —o debería configurarse— como columna vertebral de nuestro modelo penal constitucional. Pasa de funcionar como simple "regla de juicio" a erigirse en *garantía básica* del sistema, en el sentido ya apuntado, es decir, como *"el núcleo fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se establecen garantías para el imputado"*[18].

Sabemos que dicha regla de juicio, en palabras del Tribunal Constitucional, se concreta en "el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías"[19]. Más allá, lo que por tanto queda por determinar, aceptada su función definidora de la esencia y la estructura del proceso, es, precisamente, cómo se proyectan la presunción de inocencia y las garantías que de ella dimanan sobre cada una de las distintas fases del procedimiento, y en qué medida condicionan —esta es la específica cuestión en la que vamos a fijar nuestra atención— la posición y el haz de derechos-deberes y posibilidades-cargas de quienes intervienen, como juez o como partes, en el mismo.

Más concisamente, se trata de averiguar cómo y hasta dónde el reconocimiento del principio de presunción de inocencia como regla estructural del proceso penal —sustituyendo al mito de la "búsqueda de la verdad"— exige reconsiderar el papel de los distintos sujetos procesales y la relación entre ellos. El resultado de esa operación permitirá caracterizar lo que hemos denominado *un proceso penal basado en la presunción de inocencia.*

C. LA FUNCIÓN DEBE CONFIGURAR EL ÓRGANO, Y NO AL REVÉS: LA POSICIÓN PROCESAL DE JUEZ Y PARTES

La respuesta a la cuestión que se acaba de plantear impone una consideración previa

más, mirando nuevamente hacia la realidad de nuestro sistema.

Más arriba se ha puesto de relieve cómo el modelo de proceso penal vigente hoy en la práctica en España obedece a la combinación de un oportunista y fragmentario *parcheado* legal y una compleja tarea de reconstrucción y reinterpretación jurisprudencial del derecho positivo, revisado a través del prisma de los valores constitucionales y (por imperativo del art. 10.2 de la Constitución) de los compromisos internacionales de nuestro país en materia de derechos y garantías, con especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, ese desenvolvimiento difuso, proteico, impulsivo y autogestionario ha tenido su precio. La ausencia de reglas legales concretas, de una verdadera *lex certa* capaz de traducir con precisión y certidumbre esos valores en normas rectoras de la actuación del poder público encargado de administrar justicia penal, no solo ha impedido una visión de conjunto acerca de la verdadera finalidad del sistema en los términos expuestos en el apartado anterior. En la línea apuntada por Viada cuando se refiere a los *hábitos* generados en el juez de instrucción, la desidia legislativa también ha tenido sus consecuencias en la vertiente orgánica, funcional e institucional a la hora de perfilar el rostro y el desempeño de los demás sujetos implicados en esa tarea.

Una de las manifestaciones patológicas de ese desarrollo defectuoso y defectivo es la confusión en torno a los conceptos de independencia e imparcialidad, causa y consecuencia a la vez de un esquema de relación de fuerzas y distribución de funciones dentro del proceso que resulta difícilmente compatible con el imperio (eficaz) de la presunción de inocencia. A falta de un modelo procesal capaz de asegurar por su propia mecánica, superando el paradigma inquisitivo, el equilibrio de fuerzas entre las partes, y por tanto la *posición funcional* necesariamente imparcial —y por ende "distante"— del Juez, ha ido tomando cuerpo una visión mesiánica de la imparcialidad, de manera que el juez "es" imparcial "porque es" independiente[20]. La independencia judicial pasa así, paradójicamente, de constituir una exigencia del sistema a convertirse en su fuente de legitimación: el juez "es" independiente, y *traslada* su independencia al proceso a través de sus decisiones. "Es" independiente aunque por su función no lo parezca ni de lejos: es director de la investigación, el jefe de la policía, y al mismo tiempo es garante de la legalidad de sus propios actos y de los derechos del investigado. Aquello que el proceso concebido para "buscar la verdad" con la "colaboración" de las partes no podía asegurar ni estética ni funcionalmente (la apariencia de imparcialidad del árbitro entre acusación y acusado, exigida como mínimo por la presunción de inocencia), se pretende que lo asegure "orgánicamente" la independencia "personal" del que desempeña la función. La garantía para el acusado no reside en la estructura y el funcionamiento del proceso mismo, sino que —lejos de todo mecanismo objetivo racional de legitimación— se reduce a un acto de fe; la fe en la imparcialidad *personal* del titular de un órgano judicial. Una imparcialidad exclusivamente avalada, además, por su independencia. Esa es la única fuente reconocible de la pretendida equidad (en el sentido en que utiliza el término el art. 6 CEDH, interpretado por el TEDH) del proceso. La presunción de inocencia se preserva "porque" el juez, amparado por su independencia, incluida su independencia respecto *de las propias partes,* buscará solo la "verdad material", y en su búsqueda, gracias a esa misma independencia, tutelará los derechos del imputado/acusado tal y como la ley los describe.

La forma en que la propia ley refleja este modo de ver las cosas es sintomática: en lugar de contemplar la función judicial como una prestación debida para la resolución de un conflicto, lo que debería llevar a situar la función judicial al servicio de quienes son titulares de los derechos sustantivos y procesales y de los intereses legítimos que se ejercen o reivindican ante los tribunales, la Ley Orgánica del Poder Judicial define en su Libro VII a aboga-

dos, procuradores y fiscales como instituciones y personas que *cooperan* con la Administración de Justicia. Curiosa y reveladora descripción de un sistema que convierte a los protagonistas del conflicto en *cooperadores del árbitro*.

Así es como, paradójicamente, es el órgano el que moldea y configura la función. La proclamación de independencia de los jueces (art. 117 C.E.) pasó a ser entendida (*necesitaba* ser entendida), contra todo pronóstico en un país democrático, no como una *exigencia* para el ejercicio de su misión de tutela de los derechos, sino como la *descripción* objetiva e incuestionable de una propiedad ínsita en la naturaleza misma de su magistratura personal. O sea, que en vez de entender que el art. 117 C.E. —*la Justicia (…) se administra (…) por Jueces y Magistrados (…) independientes*— imponía la necesidad de asegurar mediante una ley procesal la imparcialidad de su posición y su función en un proceso regido por la regla nuclear de la presunción de inocencia (de modo que no pudiera conducir, por ejemplo, a lo contrario, la independencia al servicio de la arbitrariedad), parece que ha resultado menos trabajoso —sin duda el coste político ha sido menor— operar a la inversa, confiando el equilibrio garantista del proceso penal a una especie de *tótem*, de carisma inherente al cargo o incluso a la persona que lo desempeña, cuya *auctoritas* "asegura" la imparcialidad de la función sin más límite —insuficiente, según ha venido a poner de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[21]— que el que marcan las causas legales de abstención y recusación.

Se consolida así una concepción irracional e incongruente, tal vez, pero imprescindible para mantener en pie un modelo en el que, como se ha dicho, las apariencias —reflejo, en opinión de muchos, de contundentes realidades— no podían ser eludidas de otro modo: sólo el mito de la "independencia" entendida como carismática virtud personal y confundida (además) con la imparcialidad podía servir como antídoto de la demoledora imagen esquizofrénica del *juez de sí mismo*: del sujeto que es a la vez policía y vigilante de la legalidad constitucional de los actos de investigación; alguacil y *alguacilado*.

Mientras tanto, un Ministerio Fiscal institucionalmente muy débil ve cómo buena parte de sus miembros se sienten condenados a buscar, linterna en mano, como Diógenes, por los rincones de su desdibujada función procesal la imagen especular del juez, esto es, la forma de alcanzar un estatus análogo de "independencia", por entender que esa es la única vía posible para poder hacer en España aquello que, sin embargo, los fiscales hacen con naturalidad en casi todas las democracias desarrolladas —y menos desarrolladas— del mundo. Búsqueda vana, claro está, porque siempre se ve mejor el original que la fotocopia y porque esa concepción choca además frontalmente con la arquitectura del artículo 124 de la Constitución, que, no exento además de alguna inconsistencia conceptual que no cabe analizar aquí (¿qué es una *parte imparcial*?), sitúa el vértice de la pirámide colectiva, uniforme y jerárquica de la Fiscalía en la mismísima dimensión "política" democrática del Fiscal General del Estado[22] (por más que la norma constitucional curiosamente no diga, aunque lo sobreentienda, que el Fiscal General sea el jefe del Ministerio Público).

Así es como la defensa puede verse reducida al papel de David contra el Goliat bicéfalo que representan el juez investigador-garante-de-su-propia-investigación y el fiscal acusador avalado, apoyado o liderado por ese juez. Desigual combate al que con frecuencia se suman una, o dos, o más acusaciones populares o particulares cuyas facultades en el proceso son abiertas, indeterminadas e ilimitadas, ni siquiera congruentes con la fuente de su legitimación.

Y peor es constatar que este esquema, por otra parte, deviene extremadamente perverso cuando sus términos se invierten, y el fuerte es el que se sienta, desafiante, en el banquillo (lo que resulta cada vez más frecuente en el ámbito de la delincuencia *compleja*). Cuando el presunto "David" no es tal, sino que la figura del *perseguido por la justicia* se concreta en po-

derosísimos sujetos aferrados a —y sostenidos por— poderosísimos intereses, la endeblez y la incoherencia del sistema suele acabar mostrando sus vergüenzas, de manera que la desigualdad *estructural* de armas termina convirtiéndose en un auténtico talón de Aquiles para una justa acusación. Quien dispone de tiempo y medios suficientes para sacar a la luz y llevar a sus últimas consecuencias la evidencia de ese desequilibrio suele alcanzar su objetivo: a veces surge la sensación de que las conquistas procesales, los grandes avances garantistas, y hasta los casos *patológicos* en que el investigado consigue sentar en el banquillo al juez instructor antes de ocuparlo él mismo, tienen lugar "casualmente" en aquellos supuestos en que los acusados son ricos y poderosos. Sin duda hay coincidencia, pero no es casualidad.

No es de extrañar, en fin, que de esa gran confusión conceptual generada hasta ahora por la pasividad del Legislador, ajeno a su deber de desarrollar un nuevo sistema procesal de verdadera genética constitucional, surjan, por ejemplo, hipótesis como la de que solamente el juez (o un fiscal que sea igual que el juez, o sea, un juez de instrucción que se llame fiscal, al estilo italiano) puede asegurar la imparcialidad de la investigación penal[23] y del proceso en su conjunto. La pregunta es: ¿y no podría hacerlo la propia ley? E incluso ¿no sería mejor, más seguro desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, más coherente con nuestro modelo constitucional, que lo hiciera la propia ley, en lugar de confiar/abandonar esa garantía troncal del proceso a la fe en la virtud profesional o personal de quien ha de actuar —en atinada expresión del citado Vives— a la vez *como espada y escudo*? ¿No sería más fácil y más creíble que el juez tuviera por misión controlar la legalidad de la actuación *de otro*? ¿No sería menos apremiante la duda sobre la "parcialidad" del fiscal si el juez no estuviera funcionalmente alineado con él en la tarea de acumular pruebas, sino en una posición crítica y vigilante (la que corresponde a la regla de presunción de inocencia) respecto de la legalidad, la licitud y la viabilidad de la acusación?

Y sobre todo, ¿no es esa construcción legal —con el modelo concreto que se quiera, pero preestablecida con claridad y publicidad por el Legislador— algo exigible a un sistema que se reclama de "derecho continental" y proclama el principio de legalidad como garantía de desarrollo y configuración de los derechos fundamentales (arts. 9 y 53 C.E.)? ¿O es que acaso frente a esa proclamación dogmática se nos impone una decisión consciente del propio Legislador de desplazar en bloque al Poder Judicial —es decir, a los individuos que los ejercen— su responsabilidad sobre la preservación del principio de presunción de inocencia y la consiguiente *equidad* del sistema procesal? ¿Es tal vez la presunción de inocencia un principio cuyas consecuencias prácticas —legales, institucionales, sociológicas— incluyen un coste político que el Legislador español no parece estar muy seguro de querer asumir, habiendo encontrado la posibilidad de desplazar la carga a los jueces?

Con independencia de la enjundia de esta última pregunta, que quizá lleve implícita la explicación de un buen número de *peculiaridades* del sistema procesal español, lo que desde luego no parece aceptable desde una perspectiva democrática es que, como ocurre en el modelo vigente, el órgano legitime y configure la función, y no al revés; es decir, que se instituya y se caracterice al Poder Judicial como "independiente" para confiar acto seguido a esos jueces *carismáticamente independientes* la misión de fabricar, con los materiales del viejo edificio decimonónico, los resultados esperables de un proceso penal objetivamente garantista. Parece que lo adecuado sería operar al contrario: que el Legislador, en obligado desarrollo de la Constitución y en aplicación de los valores que ésta proclama, defina en la ley las reglas del juego, las normas de ese *proceso equitativo* en el que la propia dinámica de las garantías exigirá sin duda que cada uno de los sujetos (la acusación, la defensa, el juez) asuman el papel que les corresponde para que esas reglas funcionen. Y, desde luego, para que funcionen no puede haber un sujeto procesal que acumule las tareas

de armar fáctica y jurídicamente la acusación y controlar la legalidad de lo que él mismo hace al desempeñar esa labor.

Es, por tanto, la definición legal previa de cada una de las tareas distintas y separadas que son necesarias para configurar el equilibrio que sirve de eje al proceso *equitativo,* la que deberá determinar cuál es el órgano más idóneo para desempeñar cada una de ellas, y cómo (con qué facultades y también con qué controles), consecuentemente, debe ser diseñado ese órgano. El poder —por mucho "Poder" que sea y así se llame— no es en democracia fuente de legitimación y definición de su propia función, sino que sirve a la función que la ley le atribuye, y ha de organizarse y actuar conforme a las necesidades y dentro de los límites de su tarea. La independencia del juez —en torno a la cual no se habían planteado en general, en nuestro país, excesivos problemas— o la imparcialidad del fiscal —que ha corrido peor suerte mediática y política— no sirven, sin más, para convertir un sistema concebido para la idílica e inquisitiva "búsqueda de la verdad" en el proceso penal de una democracia moderna, es decir, en el proceso penal de la presunción de inocencia.

En esa línea parece situarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 12/2011, de 28 de febrero, cuando afirma que es la *"estricta sujeción* [del Juez] *a la ley, en este caso, a la Ley procesal"* lo que *"garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3). En este sentido, esa estricta sujeción impuesta al Juez a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso".* Naturalmente, la única —y no menor— objeción que se puede hacer a esa afirmación del Alto Tribunal se refiere al uso del presente de indicativo. El diagnóstico sobre la garantía de la neutralidad del juez y la igualdad de las partes en la ley procesal española exigiría otro modo verbal: el condicional. *Debería* ser así. Pero es obvio que, en abstracto, esa formulación responde exactamente a la idea que hasta aquí se ha tratado de desarrollar.

En conclusión, la alternativa juez de instrucción/juez de garantías (o fiscal comparsa del juez de instrucción/fiscal responsable de preparar y formular una acusación solvente) no es, en contra de lo que algunos parecen opinar, una cuestión de "modelo", o de "tradición", o de "confianza en la independencia" del Poder Judicial, que permita al Legislador inclinarse por una u otra opción o mantener la primera, como se ha hecho hasta hoy, con algunos retoques que formalmente vayan salvando el choque frontal con la Constitución. No es una decisión de oportunidad política, y desde luego no lo es en nombre de la "eficacia", de la "celeridad" o de reclamos político-mediáticos similares, aunque por supuesto no sea incompatible —sino más bien todo lo contrario— con esas mejoras operativas. La decisión de armar un proceso basado en la presunción de inocencia es, mucho más en el fondo, algo inherente a la esencia del propio sistema democrático, a la concepción del reparto y la división del poder que, por razones que no debería hacer falta explicar, en un Estado de derecho no puede seguir configurado como lo estaba en la Edad Media o podría estarlo en un régimen totalitario.

De ahí que tampoco se trate —como algunos se empeñan en temer— de trasladar al fiscal a la posición que hoy tiene el juez; sino de que desaparezca de una vez una acumulación de poderes que no es compatible con una concepción democrática del Poder con mayúscula: que la *potestad mágica* del falaz "hallazgo de la verdad material" se sustituya por la más modesta, pero racional y razonable, contraposición de tesis acusación-defensa en un marco regulado con claridad y regido por el principio constitucional de presunción de inocencia, donde el juez, *en garantía de cualquier derecho* (art. 117.4 C.E.), sea escudo, no espada: el escudo de los derechos fundamentales frente a eventuales abusos o vulneraciones, vengan de donde vengan.

D. IGUALDAD DE ARMAS Y PROCESO EQUITATIVO: LA ASIMETRÍA COMO CANON DE IGUALDAD

En los apartados anteriores se ha tratado de subrayar hasta qué punto la pervivencia del mito inquisitivo de la "verdad material", sumada a la pasividad del Legislador, ha lastrado la modernización del proceso penal español sobre todo en su fase inicial de investigación y preparación de la acusación, bloqueando el acceso a un sistema en el que las funciones de: a) dirigir la investigación y b) asegurar la legalidad de ésta, así como las de c) formular una acusación sustentada en pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia y d) garantizar la igualdad de armas de la defensa frente a esa actividad, sean asumidas por sujetos necesariamente diferentes, entre ellos un juez que no basta con que "sea" independiente, sino que además ha de ser *y parecer* imparcial precisamente por la clase de tarea que la ley le asigna.

Sin embargo el cambio de modelo no alcanza solo a la fase instructora (como se verá más adelante), ni afecta solo al juez, y por consiguiente a su relación con el fiscal y a la posición de este como *promotor oficial de la acción de la Justicia*. En realidad la superación del modelo inquisitivo y su sustitución por un sistema apoyado, por mandato constitucional —de nuevo el art. 117.4 C.E.—, en la idea de que el juez es en todo momento y sustancialmente *juez de garantías*, no es más que una consecuencia lógica del verdadero objetivo primario del *proceso de la presunción de inocencia*: la garantía de un derecho de defensa eficaz, únicamente posible en (lo que habitualmente definimos como) una situación de "igualdad de armas".

En efecto, al examinar la *inquisitio* como forma de ejercicio del poder (como *reserva* de la titularidad de la "verdad" a favor del Estado), hemos visto que la clave de la democratización del sistema penal está en la capacidad de respuesta del acusado, es decir, en la configuración del proceso como un diálogo institucionalizado a través del cual (regresando a las palabras de Vives) "*el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal*": un diálogo entre acusación y defensa, moderado y arbitrado —pero no dirigido ni orientado— por el juez, quien escuchando atentamente a las partes ha de decidir sobre las pretensiones de ambas, y, en principio, *solo* sobre las pretensiones de ambas.

De ahí que —y por fin llegamos con ello a nuestro objeto final de reflexión— la estructura del proceso penal basado en la presunción de inocencia se sustente, como mínimo, sobre la igualdad de oportunidades entre defensa y acusación.

Conviene advertir, no obstante, que la deliberada introducción del matiz que implica la expresión *"como mínimo"* y la no menos deliberada sustitución de la expresión *"igualdad de armas"* por *"igualdad de oportunidades"* obedece precisamente a la necesidad de configurar un proceso verdaderamente "equitativo" y plenamente conforme con el principio de presunción de inocencia.

Para comprender el alcance de esos matices pueden ser ilustrativos un par de ejemplos.

El primer supuesto en el que un entendimiento equivocado del concepto de "igualdad de armas" puede abocar a consecuencias contraproducentes es el de la prueba ilícitamente obtenida. Es sabido que en nuestro sistema se ha ido conformando, a lo largo de los años, no sin ciertos vaivenes, una elaborada doctrina constitucional en torno al tratamiento del material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales del investigado. No es propósito de este trabajo penetrar en ese vasto ámbito, que ha sido objeto de numerosos estudios, alguno de ellos espléndidamente esclarecedores[24], sino apuntar tan solo que una traslación en bruto de la idea de "igualdad de armas" a este terreno supondría que la prueba ilícitamente obtenida no pudiera ser utilizada como prueba de cargo… ni de la defensa. Sin embargo, esa conclusión desencadenaría un efecto netamente absurdo desde la perspectiva

de la presunción de inocencia y, en general, del derecho a un proceso con todas las garantías: entender que el acusado no puede utilizar a su favor la prueba ilícitamente obtenida equivale a negarle el derecho a defenderse acreditando su inocencia cuando efectivamente hay una evidencia palmaria de ella. Si, por ejemplo, en un registro domiciliario o mediante una intervención de las comunicaciones llevados a cabo con vulneración de derechos fundamentales se halla una información que descarta inequívocamente la participación del sospechoso en el delito, resultaría ciertamente paradójico que en nombre de sus garantías procesales se le impidiera hacer uso de esa prueba: para proteger sus derechos, se le condena.

Es obvio por tanto que cuando en el contexto del Derecho procesal penal invocamos la "igualdad de armas" nos estamos refiriendo a una posición de la defensa respecto de los poderes de la acusación, a la "capacidad de respuesta" a que antes se hizo referencia, pero no a una mimética y simétrica situación (limitaciones incluidas) para ambas partes del uso de los instrumentos procesales. De ahí la necesidad de entender la "igualdad de armas" como un "mínimo" que se ofrece a la defensa frente a dichos poderes de la acusación, lo que no implica que, recíprocamente, los límites que los derechos fundamentales del acusado imponen a las partes acusadoras operen también en su contra.

Pero en sentido inverso un segundo ejemplo permite comprender que la "igualdad de armas" tampoco se identifica en todo caso —es decir, en todos los casos posibles— con una "absoluta" capacidad de respuesta: si por "igualdad de armas" entendemos la posición y la presencia equidistante e inmediata, simétrica y mimética de acusación y defensa en todas y cada una de las fases del proceso, incluyendo la fase de investigación (sobre que esta fase preparatoria sea "proceso", como es sabido, hay fundadas discrepancias, pero si en ella pueden vulnerarse derechos fundamentales, será en todo caso forzoso extender a ese momento, aunque sea "pre-procesal", las garantías de tales derechos[25]), podríamos topar con una situación no menos absurda que la descrita en el ejemplo anterior: la inviabilidad de cualquier investigación penal que merezca ese nombre.

Paradigma del tratamiento erróneo —o cuando menos confuso— de esta cuestión fue la reforma del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que se llevó a cabo en el año 2003[26]. El Legislador, según parece (puesto que pese a la trascendencia del cambio, ni siquiera se mencionaba en la exposición de motivos), trataba de vestir de mayor "garantismo" la investigación *pre-procesal* del fiscal, y para ello dio con la ocurrencia de exigir que esa actividad investigadora del Ministerio Público se llevase a cabo en condiciones de *"contradicción, proporcionalidad y defensa"* de manera que *"a tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas"*. El texto no señala en qué momento el sospechoso podrá *"tomar conocimiento"* de las diligencias, pero si la "igualdad de armas" ha de conducir a entender que tal conocimiento debe ser anterior, simultáneo o inmediatamente posterior a *cada diligencia* de investigación que se practique, entonces es obvio que la investigación será, como se ha dicho, prácticamente inviable. Imagínese el absurdo de comunicar a un sospechoso que se va a solicitar información de su patrimonio en un paraíso fiscal para tratar de localizar y recuperar el producto del delito, o que se va a proceder a judicializar el caso para solicitar la intervención de su teléfono.

Ya Alonso Martínez, al abordar en la Exposición de Motivos de la LECrim la cuestión de la igualdad de armas apuntaba, con arreglo a la lógica de su tiempo: *"Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones*

de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor".

Sin embargo el Legislador de 2003 no pareció consciente de que la referencia a la contradicción, sin más, podía resultar muy perturbadora en un sistema en el que pesa tanto el hábito inquisitivo. De hecho, la expresión mayoritariamente (e irreflexivamente) acuñada en círculos jurídicos para describir el cambio de paradigma procesal es "dar la instrucción" al fiscal. Si por "contradicción" en la investigación dirigida por el Ministerio Público entendemos la reproducción de la estructura *dialogada* de la vigente *instrucción*, que presenta el resultado de la investigación como el fruto de una decisión judicial (y por tanto como un juicio pronóstico de un sujeto imparcial acerca de la "verdad" acontecida), es obvio que se está optando por un modelo de *judicialización* del fiscal que, como decía Lampedusa, consiste en cambiar todo para que nada cambie. E incluso para retroceder, porque se pasa de un juez que malamente puede evitar ser parte, a convertir directamente a una de las partes —el fiscal— en juez[27]. Se revive, sorprendentemente bajo el *leit motiv* de las garantías, lo que ya el propio Alonso Martínez trataba de evitar: la anticipación del debate propio del juicio (tesis — antítesis – síntesis) a la fase de investigación y preparación de la acusación.

Así, concebir la exigencia de "contradicción" en la investigación dirigida por el fiscal de modo análogo a como funciona en la instrucción judicial (donde las decisiones del juez/investigador inciden directamente sobre el estatus del sospechoso/imputado/acusado y pueden afectar a sus derechos fundamentales sustantivos, y lo que se persigue es —como se ha dicho— obtener una primera versión de la "verdad" avalada ya por un juez independiente e imparcial), supone desandar el camino que precisamente se pretende abrir al configurar una investigación no "inquisitiva" a cargo del Ministerio Público.

Ese nuevo error de ruta tiene, en efecto, su origen en el olvido de tres detalles fundamentales para el correcto entendimiento de un proceso basado en la presunción de inocencia: a) que nada de lo que haga el Fiscal en esa fase de investigación previa puede tener, por sí, valor de prueba "objetiva" de la "verdad": es solo investigación, no "instrucción", puesto que únicamente pretende verificar si la acusación es fáctica y jurídicamente viable de cara a la apertura del juicio oral; mientras que la "verdad" sobre su contenido se ha de establecer en (y no antes de) el propio juicio, que es el lugar en que deberá demostrarse la "asertabilidad" de la tesis acusadora; b) que el investigador no puede llevar a cabo por sí ningún acto que afecte a derechos fundamentales del sospechoso cuya tutela está reservada por la Constitución o por la ley al juez, de modo que no puede afectar a la presunción de inocencia, y, en concreto, si llega a lesionar un derecho fundamental del investigado no podrá utilizar el material así obtenido como prueba de cargo; y c) que la propia ley limita el tiempo de duración de la investigación precisamente para reducir el riesgo de abuso. Cabe preguntarse si se le habría ocurrido al Legislador exigir que también la investigación policial —que presenta similares características, salvo (qué paradójico) la de la limitación temporal— se haga en régimen de contradicción.

De hecho, la preservación de un eficaz derecho de defensa, inmediatamente derivado de la presunción de inocencia, pasa, entre otras exigencias, por asegurar que la acción investigadora del acusador no quede legitimada por sí y ante sí mediante una falsa e impostada "contradicción". Razonando justo al contrario, es decir, en clave inquisitiva, ese derecho a la contradicción parecía concebirse en aquella reforma legal de 2003 como una consecuencia de la igualdad de armas, y por tanto como un avance en materia de garantías. Nótese, a estos efectos, que una aplicación del art. 5 EOMF como la que se ha sugerido (contradicción

"plena" en cada actuación del fiscal) no solo haría imposible investigar con eficacia, sino que si, pese a todo, esa investigación llegase a arrojar resultados, esos resultados vendrían inevitablemente avalados —como en la instrucción judicial vigente— por el marchamo de la "garantía de contradicción" que da carta de naturaleza a las "verdades" que, al fin y al cabo, la defensa no ha sido capaz de refutar. En suma, un viaje al punto de partida, pero sin juez. Aparte de que las consecuencias prácticas también serían contraproducentes: la única forma de evitar que una presencia prematura del principio de contradicción frustre irremediablemente la actividad investigadora sería procurar omitir la acción del fiscal reteniendo la indagación en manos de la policía hasta que el material acumulado fuera suficiente para sostener una imputación viable. De este modo se acabaría eliminando el control jurídico que puede aportar la presencia del Ministerio Público en esa primera fase de investigación. Todo al revés.

Como es natural, la práctica instalada en las Fiscalías consiste en llamar a declarar al sospechoso cuando ya se han practicado las diligencias necesarias para que esa sospecha obtenga una mínima corroboración y se apoye en hechos y datos sobre los que, en efecto, poder interrogarle con algún provecho para ambas partes. Pero eso, desde luego, no es "contradicción" entendida como un debate en condiciones de "igualdad de armas", sino elemental ejercicio del derecho de defensa —veremos hasta qué punto vinculado a ese concepto de igualdad— frente a una primera imputación material (conocimiento de los cargos, acceso al material pre-probatorio obtenido, posibilidad de formular alegaciones e instar la práctica de actuaciones necesarias para acreditar lo alegado).

Los precedentes ejemplos solo pretenden poner de relieve la necesidad de establecer en el proceso penal un concepto de "igualdad de armas" entendido, en sentido amplio, como igualdad de oportunidades de la defensa respecto de las herramientas que puede emplear la acusación (esto es, eliminación de la indefensión) y que excluya, sin embargo, los efectos contraproducentes que un entendimiento "literal" o superficial de esa expresión puede generar, por una parte en relación con la presunción de inocencia como regla rectora del propio proceso, y por otra parte respecto de la propia función investigadora, antecedente necesario e imprescindible —sin perjuicio de sujetarse a las garantías que le sean propias— de una acusación debidamente fundada, que es como debe ser la acusación (y con ello se cierra el círculo) precisamente para respetar la regla de presunción de inocencia en ese momento previo al juicio.

El esfuerzo de definir en esos términos la "igualdad de armas" dentro del proceso penal de la presunción de inocencia puede abordarse del siguiente modo:

a) El alcance constitucional de la igualdad de armas en el proceso penal

Por razones obvias, el primer intento de redefinición de la igualdad de armas en un proceso penal basado en la presunción de inocencia debe llevarse a cabo desde una perspectiva constitucional.

En este sentido hay que apuntar que una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece —esto es, *aparenta*— establecer una regla clara: *"Del principio de igualdad de armas (…) se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación —por todas, SSTC 47/1987 y 66/1989—, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional*

de la justicia". [*v. gr.*, STC (Pleno) 186/1990, de 3 de diciembre].

Cabría así entender que en el proceso penal español ha de regir plenamente la igualdad de armas en los términos que esa jurisprudencia define (*"los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas"*), con la excepción, por las razones que expresamente expone el TC, de la fase de investigación.

Sin embargo tal conclusión no es satisfactoria. Hemos visto cómo una aplicación rígida y sin fisuras de esa idea de igualdad *refleja* o *mimética* entre las partes produce estridencias en algunos supuestos: abogar, por ejemplo, por las *"idénticas posibilidades (…) de prueba"* en el caso de la que ha sido obtenida ilícitamente (con violación de derechos fundamentales) nos conducía al absurdo de impedir al acusado probar —pudiendo hacerlo— su inocencia, de modo que la tutela de su derecho se convierte en el motivo de su condena.

Tampoco la extensión del principio de igualdad así entendido a "todas las instancias" encaja necesariamente bien en un proceso regido por el principio de presunción de inocencia. De ahí que, refiriéndose al tema de la doble instancia, Rafael Alcácer[28] llegue a afirmar rotundamente que "*el proceso penal no ha de regirse por un principio de igualdad de armas, sino por un principio de asimetría entre las partes, de desigualdad de armas, si así quiere denominarse. Esa premisa garantista de la desigualdad de armas procesales se fundamenta en que el proceso penal está sostenido sobre el principio rector del derecho a la presunción de inocencia; derecho de exclusiva titularidad del acusado y coextensivo con el derecho al doble grado de jurisdicción."*

"Tal principio de desigualdad de armas —prosigue Alcácer— *ha sido implícitamente reconocido por el TC cuando, en la STC 141/2006, de 8 de mayo, ha enfatizado que el derecho a la presunción de inocencia "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5)". Tal presupuesto es lo que explica y justifica la "notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más 'sagrado' de sus derechos fundamentales" (SSTC 41/1997, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 7)". "En efecto, en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso".*

Y con rotundidad ha manifestado, en el ATC 467/2006, de 20 de diciembre, que el hecho de "que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso (FJ 3)".

Esta lectura de la doctrina constitucional, conducente a la proclamación de un principio de "desigualdad de armas" en el proceso penal, dejaría así al descubierto una aparente

contradicción del Tribunal Constitucional, que al mismo tiempo que dice, en efecto, lo que el citado autor subraya, también afirma de manera tajante, como ha quedado expuesto mediante la cita literal de la STC 186/1990, la vigencia del principio de igualdad de armas "sin limitaciones", excepto las exigidas por la naturaleza de la fase de investigación. Es más, el propio Tribunal viene afirmando en un hilo jurisprudencial coetáneo de las sentencias que cita Alcácer, que *"en esta línea hemos concluido también que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que* ***posean idénticas posibilidades*** *de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa* ***en cada una de las instancias que lo componen*** *(SSTC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2; 65/2007, de 27 de marzo, FJ 2; 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3)"* (STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

En realidad existe una vía de conciliación que, más allá —como es frecuente— de un uso u otro del lenguaje, permite aceptar la posición de Alcácer relativa al papel estructural y funcional de la presunción de inocencia (como se viene defendiendo a lo largo de estas páginas) sin renunciar a reconocer la presencia del principio de igualdad de armas en el proceso penal, tal y como exige —téngase por subrayado *tal y como* exige— el Tribunal Constitucional. Intentemos esa vía.

Para ello es útil revisar con mayor detenimiento lo que dice la citada sentencia 186/1990 (al examinar, por cierto, la constitucionalidad de la denominada Ley de Procedimiento Abreviado) y colocarlo en el contexto que, precisamente, descubre la línea jurisprudencial últimamente reseñada.

El razonamiento completo de la STC 186/1990 era el siguiente:

> *"Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación —por todas, SSTC 47/1987 y 66/1989—, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/1985, 176/1988 y 66/1989).*

Y, a efectos de obtener una visión clara del desarrollo posterior de esa afirmación, conviene también repetir que en directa conexión con esa formulación del principio de igualdad de armas el Tribunal reitera de manera sistemática (en alguna ocasión, como ocurre en la STC 178/2001, de 17 de septiembre, tras reproducir literalmente el párrafo de la STC 186/1990 que se acaba de transcribir) el razonamiento que ya se ha citado:

> *"En esta línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de18 de mayo, FJ 2; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2)."*

Pues bien, de la lectura conjunta de estos textos pueden extraerse cuando menos tres enseñanzas:

1) Que la igualdad de armas se vincula específicamente, en la inteligencia del Tribunal Constitucional, al principio de contradicción. Conviene retener este dato, porque será de gran utilidad a la hora de cumplir nuestro objetivo de definir dicha igualdad de armas en el proceso penal basado en la presunción de inocencia.

2) Que la igualdad de armas se asocia igualmente —como la contradicción— a la interdicción de la indefensión, y por ello corresponde a los órganos judiciales velar porque sea efectiva "sin limitaciones" en todas las fases e instancias del proceso.

3) Que, no obstante, la protección del valor constitucional de la Justicia autoriza a limitar ("modulaciones") o incluso excluir ("excepciones") la aplicación de ese principio en la fase de investigación. Esta excepción, como ya habíamos visto, engarza históricamente con las advertencias de Alonso Martínez acerca de la necesidad de que el Estado recupere la ventaja obtenida por el delincuente, que el Tribunal Constitucional examina en clave de eficacia y justicia ("asegurar el éxito", dice, quizá con impropia contundencia, porque más bien se trata simplemente de *permitir* un éxito *potencial*) de la investigación, en el sentido que igualmente habíamos apuntado al examinar el artículo 5 del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Es, precisamente, la comprensión conjunta e integral de la jurisprudencia constitucional lo que permite reconocer la igualdad de armas (bien entendida) en el proceso penal sin renunciar al imperio de la presunción de inocencia. Lo importante es comprender que esas conclusiones extraídas del discurso del Tribunal Constitucional solo funcionan indisolublemente combinadas. A partir de ahí se puede sostener que:

a) La igualdad de armas no significa que las partes sean titulares de los mismos derechos en el proceso penal.

Obsérvese, en efecto, en primer lugar, que si aceptamos —como expresamente sostiene el TC— que la *identidad de posibilidades y cargas* (que identifica con la igualdad de armas) se vincula funcionalmente a la prohibición de indefensión de las partes, estaremos hallando adecuado cobijo constitucional para la tesis que habíamos adelantado. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia no se concibe la "igualdad" como regla rectora de la configuración del procedimiento (la presencia mimética, sistemática, matemáticamente equidistante y activa de todas las partes en todos los momentos, en cada diligencia, ante cada decisión sea cual sea), sino como una exigencia genéricamente anudada al derecho a no sufrir indefensión. Y como es lógico la *indefensión* se refiere a los derechos que cada una de las partes ostenta en el proceso, es decir, los derechos de las partes que han de ser objeto de tutela judicial efectiva. Pero a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, en el proceso penal las partes son titulares de derechos fundamentales diferentes (porque el derecho a la presunción de inocencia, que además es el que rige todo el proceso, favorece solo a una de ellas), y por tanto la igualdad de armas se circunscribe y se ajusta al ejercicio —igualmente diferente— de esos derechos; no puede alterarlos o trastocar su juego.

No es que no haya "igualdad de armas"; es que la igualdad, en su acepción más amplia (art. 14 C.E.), se proyecta sobre el ejercicio de derechos distintos, y eso comporta naturalmente que tal igualdad se concrete en su vertiente negativa de *trato diferente de las situaciones desiguales*[29], lo cual tiene consecuencias inevitables en la organización del procedimiento. No en vano la ya citada STC 12/2011 contempla la existencia de *"circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4; 230/2002 de 9 de diciembre, FJ 3)…".*

Este entendimiento instrumental de la igualdad de armas permite resolver el problema que planteaba Rafael Alcácer en relación con el doble grado de jurisdicción sin necesidad de renunciar a la vigencia de dicho principio con carácter general (renuncia que, como se advirtió, llevaría a contrariar explícitas declaraciones del Tribunal Constitucional). El acusado tiene derecho, porque así se lo reconoce el artículo 14 del Pacto Internacional de De-

rechos Civiles y Políticos, con arreglo al cual —art. 10.2 C.E.— hay que interpretar nuestra normativa procesal, a que "*el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*". Pero ninguna norma internacional o constitucional interna proclama, a modo de contrapartida, un derecho de las acusaciones a la revisión del fallo absolutorio. Estas, amén de denunciar las vulneraciones del principio de legalidad en que hubiera podido incurrir la sentencia absolutoria (infracción de ley) podrán instar el amparo de su propio derecho a la tutela judicial efectiva *sin indefensión* si el Juzgador hubiera incurrido —*vid. infra*— en error manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad, conforme a la consolidada doctrina constitucional relativa al art. 24.1 C.E., pero, en ese marco estrictamente constitucional, ahí se acaban sus "posibilidades". Y (solamente) en ese marco será, por tanto, donde entre en juego la igualdad de armas.

Tomando en cuenta todos estos factores, al organizar la doble instancia penal el Legislador tiene que cumplir la exigencia del art. 14 PIDCP y *además* ha de garantizar la igualdad de armas al acusado, lo que en este contexto significa: a) asegurarle la posibilidad de *defenderse* de modo eficaz frente a los recursos que pueda interponer la acusación, permitiéndole formular alegaciones, practicar prueba, etc., en las mismas condiciones que favorecen al acusador recurrente; y b) garantizarle que, *como mínimo* —aquí se explica el matiz apuntado más arriba—, tiene a su disposición los mismos recursos que la acusación, esto último como exigencia de la regla estructural de presunción de inocencia, y no solo (aunque también) de la prohibición de indefensión.

Sin embargo, la igualdad procesal no se traduce en una necesidad recíproca de que la acusación disponga de los mismos recursos que la defensa, porque la presunción de inocencia que inspira el derecho del acusado a recurrir el fallo condenatorio genera, obviamente, un efecto unilateral. Ni la tutela judicial efectiva ni ninguno de los otros derechos fundamentales procesales o sustantivos de los que es titular la parte acusadora incluyen —como ha reiterado el Tribunal Constitucional, *v. gr.*, STC 141/2006, de 8 de junio, ATC 263/2007, de 25 de mayo— un "derecho a la condena" del acusado, y por tanto la igualdad de armas no juega en ese terreno. Al contrario, la regla estructural del proceso (la presunción de inocencia) permite y hasta aconseja —así ocurre en muchos ordenamientos jurídicos— que el juicio absolutorio no sea revisable como consecuencia de una mera discrepancia en la valoración de la prueba. Esa es una cuestión sobre la que volvermos.

La clave, en fin, está en no confundir la igualdad de armas, que es una regla de equilibrio procesal *interno* asociada a la contradicción en los momentos en que ésta es necesaria en virtud de la prohibición de indefensión, con una pretendida —e inexistente— igualdad de derechos de acusación y defensa que se traduzca, a su vez, en unas posibilidades y cargas idénticas a favor de ambas en relación con el objeto y la función del proceso. En este último aspecto existe, sin duda, como decía Alcácer, *asimetría* en la configuración de las posiciones de las partes. Pero esa *asimetría,* que emana de la presunción de inocencia, no excluye —al contrario, exige con especial intensidad— la igualdad efectiva de oportunidades en aquellos momentos del proceso en que precisamente hay que evitar que la diferencia tienda a *compensarse,* por inercia inquisitiva, mediante un trato discriminatorio del teóricamente más débil —el ciudadano acusado— en beneficio del más poderoso —el Estado acusador—. La cuestión es detectar qué momentos son esos.

b) La igualdad de armas es un principio que no rige necesariamente todos los momentos del proceso penal, sino aquellos en que es imprescindible para preservar determinados derechos de las partes, entre ellos, y en especial, la presunción de inocencia del acusado.

En efecto, para concretar el juego de la igualdad de armas en ese cruce de posiciones procesales sustentadas en derechos diferentes,

corresponde en segundo lugar determinar, ya en el funcionamiento *interno* del proceso, los momentos en que dicha igualdad de armas ha de hacerse efectiva como regla de organización del procedimiento.

La jurisprudencia examinada fija los criterios aplicables al vincular de forma expresa la igualdad de armas y la garantía de contradicción. La contradicción aparece como instrumento imprescindible de la interdicción de indefensión cada vez que la igualdad de armas se hace irrenunciable. Y ese momento es el de la confrontación entre tesis y antítesis, el instante lógica y jurídicamente previo a toda decisión que, precisamente por afectar al estatus (personal o "procesal") del sujeto pasivo del proceso —y por tanto a la viabilidad del proceso mismo—, no se puede adoptar sin haber oído a las partes so pena de vulnerar sus derechos fundamentales (la presunción de inocencia, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva del que es titular la acusación). Esa garantía de igualdad, por el contrario, no resulta imprescindible cuando se trata de practicar una mera diligencia de investigación que no incida directamente sobre los derechos fundamentales del afectado; aunque sí será exigible (la contradicción) —y este matiz es importantísimo— a la hora de decidir si, en efecto, dicha diligencia se ha llevado a cabo respetando los derechos y garantías del investigado, y por tanto su resultado es apto para integrar una prueba de cargo que acceda al plenario. Esta *depuración de la prueba* es condición esencial para la consistencia de la acusación, como requisito de apertura del juicio oral. El *juicio sobre la acusación* cobra así importancia capital de la definición de las posiciones de las partes.

Precisamente por ello en relación con el modelo vigente el Tribunal Constitucional, al mismo tiempo que advierte de las excepciones derivadas de la naturaleza y el objeto de la fase de instrucción, ha destacado que, junto al juicio oral, la fase intermedia es el otro escenario fundamental en que la contradicción y la igualdad de armas se erigen en garantías irrenunciables y rigen de manera plena. La STC 66/1989, de 17 de abril, ya apuntaba lo que sigue:

> *"El reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla) cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada —art. 6.3.d) Convenio Europeo de Derechos Humanos—: pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito (como resulta de la doctrina contenida en nuestra S 44/1985 de 22 marzo).*
> *En efecto, en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. (…) "*

En definitiva, a la hora de identificar los momentos que, por su naturaleza misma, exigen la garantía de contradicción/igualdad de armas, en lo que concierne al imputado/acusado hay que tener en cuenta que su derecho aparece reforzado por el principio rector del proceso —la presunción de inocencia, como reiteradamente se ha dicho— y por tanto es claro que *como mínimo* cualquier decisión que *directamente* pueda entrañar un cambio desfavorable de estatus procesal (pasar de sospechoso a ser oficialmente investigado, de "investigado" a acusado, ser objeto de medidas cautelares, la decisión de depuración de la prueba de cara a permitir o no su utilización en el juicio oral, el recurso contra una sentencia absolutoria o la revisión peyorativa de un fallo condenatorio, etc.) habrá de estar inexcusablemente regida, *como mínimo*, por esa regla de igualdad.

Es oportuna una aclaración: el énfasis en el adverbio *directamente* obedece al propósito de señalar que lo relevante es *la decisión* misma de

dar un paso más en el proceso (en cuanto supone un avance hacia la enervación de la presunción de inocencia, y por tanto hacia la eventual condena), y no la incorporación a dicho proceso de cada uno de los elementos sobre los que se adopta, en los que se apoya o a los que afecta esa decisión. Se ve más claro volviendo a uno de los ejemplos ya apuntados: si un proceso basado en la presunción de inocencia puede ceder protagonismo al *principio de eficacia* en la fase de investigación, evitando situaciones absurdas como la de oír al acusado sobre si procede intervenir su teléfono, es justamente porque esa actuación habrá de pasar el filtro inexorable de la contradicción con plena igualdad de armas *cuando realmente vaya a producir efecto sobre el terreno de la presunción de inocencia*, esto es, cuando se decida si el resultado de esa intervención telefónica puede convertirse en prueba de cargo. Solo la decisión que se adopte en ese momento incidirá *directamente* sobre las posibilidades probatorias de la acusación y, por tanto, sobre el margen de actuación de la defensa; pues bien, entonces se revisará si en efecto la práctica de la diligencia de investigación se llevó a cabo con pleno respeto a las garantías constitucionales y a las normas de legalidad ordinaria. Es la existencia de ese control contradictorio ulterior lo que permite primar transitoriamente la eficacia —dando *ventaja* a la acusación, como argumentaba Alonso Martínez— en la fase investigadora.

Y esto ocurre incluso en los supuestos como el del ejemplo, en que la tutela reforzada de ciertos derechos fundamentales sustantivos comporta, además, un control añadido, no *contradictorio* pero sí *imparcial* por "externo" e "independiente", de manera que la diligencia de investigación que puede afectar al ejercicio de ese derecho sustantivo requiere autorización judicial previa[30]. Obsérvese que tal autorización judicial será imprescindible para la validez constitucional y legal de la actuación, pero no suficiente para que sus resultados afecten a la presunción de inocencia: solo un posterior escrutinio contradictorio permitirá transformar el *potencial* material probatorio obtenido en verdadera *arma* acusadora capaz de herir o matar esa presunción. Ese será el *momento decisivo* que, por tanto, exige la efectiva igualdad de medios y fuerzas para que el acusado pueda neutralizar —si hay fundamento para ello— esa arma.

b) La igualdad de armas en el contexto de un proceso penal equitativo

Si se acepta el análisis desarrollado en el apartado anterior, la igualdad de armas se presenta en el proceso penal ligada al derecho de contradicción, como garantía de la interdicción de indefensión. Por tanto, el régimen de igualdad de armas, entendido como régimen de ordenación del procedimiento, no es necesariamente predicable de "todo momento" del proceso penal, sino solo de aquellos hitos procesales en que se da esa exigencia de contradicción. En el caso del acusado, hay que incluir *como mínimo* los actos o decisiones con capacidad de incidir *directamente* en la esfera de la presunción de inocencia.

Esa visión de conjunto según la cual la igualdad de armas se manifiesta de acuerdo con la naturaleza y las posibles consecuencias de cada momento procesal encaja especialmente bien en la posición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene adoptando al interpretar el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)[31].

Ya la Sentencia de 27 de junio de 1968 *Neumeister c. Austria* advertía que el principio de igualdad de armas —no expresamente mencionado en la Convención— está *"comprendido en la noción de proceso equitativo (fair trial)*[32] *recogida en el art. 6 par. 1 (art. 6-1)"*. Dicho de otro modo, como hizo la STEDH de 17 de enero de 1970 *Delcourt c. Bélgica*, la igualdad de armas *"no constituye más que un aspecto de la noción más amplia de proceso equitativo ante un tribunal independiente e imparcial"*. En realidad estas afirmaciones se enmarcan en una doctrina sólida e invariablemente sostenida

por el Tribunal de Estrasburgo, según la cual los diferentes derechos enumerados en el apartado 3 del artículo 6 son simples especificaciones o concreciones del derecho al juicio equitativo que se proclama en el apartado 1. Así, por ejemplo, *"las garantías del artículo 6.3.d) del Convenio son aspectos específicos del derecho a un juicio equitativo establecido en el primer apartado del artículo"* (por todas, STEDH de 2 de julio de 2002, *N. c. Suecia*).

Ese es el contexto exacto en el que el Tribunal Europeo describe la igualdad de armas como *"uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo*" en cuya virtud *"cada parte debe disponer de una posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no la sitúen en una posición de desventaja respecto de la parte contraria"* (STEDH de 18 de marzo de 1.997, *Foucher c. Francia*, § 34).

Por tanto la igualdad de las partes no es, en la perspectiva del CEDH, una norma rectora indispensable del proceso en su conjunto. Más allá de la nítida exigencia de contradicción en el art. 6.3.d) del Convenio, el concepto de *proceso equitativo* depende en realidad (o además) de otros factores, y se refiere al conjunto del proceso, con independencia del régimen propio de cada uno de sus actos, que puede ser diferente.

Así definida, la vinculación funcional entre el concepto de *igualdad de armas* y la regla del *proceso equitativo* conduce —como habíamos defendido en los apartados anteriores respecto de la arquitectura del sistema español— a concretar la exigencia de igualdad en aquellos momentos en que lo requieren los sucesivos apartados del número 3 del artículo 6 CEDH, especialmente, como es lógico, el apartado d). En todo caso, la igualdad de armas se relaciona con la necesidad de evitar que una de las partes se sitúe en posición de desventaja respecto de la otra. Ahora bien, la concreción puntual de los momentos en que es necesaria no condiciona ni predetermina, ni por sí misma ni por sí sola, la naturaleza *equitativa* o *inequitativa* del proceso en su conjunto.

Para ilustrar esta tesis puede examinarse el tratamiento que otorga el TEDH a los problemas de admisión y práctica de la prueba. Partiendo de la base de que la Convención no regula esta materia, de modo que corresponde a las legislaciones internas establecer los criterios relativos a la admisión, pertinencia o denegación de los distintos medios de prueba (STEDH de 6 de diciembre de 1988, *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*), incluso en el ámbito de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida (por todas, STEDH de 12 de julio de 1988, *Schenk c. Suiza*)[33], el TEDH se reserva el deber de determinar *"si el procedimiento considerado en su conjunto, incluido el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido el carácter de equitativo exigido por el artículo 6 par. 1 (art. 6-1)"*[34].

Pues bien, esa misma doctrina sobre la *consideración del proceso en su conjunto* no tiene excepción ni matiz cuando la Corte de Estrasburgo se enfrenta a la concreta alegación de una vulneración del principio de igualdad de armas. En el caso *Vidal c. Bélgica* (STEDH de 22 de abril de 1992) se denunciaba la infracción de ese principio al haberse denegado una prueba testifical de la defensa. El Tribunal responde: *"El artículo 6 par. 3 d) (…) no exige la convocatoria e interrogatorio de todo testigo de descargo: como indican las palabras "en las mismas condiciones", tiene por finalidad esencial una completa "igualdad de armas" en la materia (sentencias Engel y otros c. Holanda de 8 de junio de 1976, serie A no 22, pp. 38-39, par. 91, y Bricmont c. Bélgica, citada, serie A no 158, p. 31, par. 89). (…) La noción de "igualdad de armas" no agota, sin embargo, el contenido del párrafo 3 d) del artículo 6 (art. 6-3-d), ni el del párrafo 1 (art. 6-1) del que este precepto representa una aplicación entre otras muchas (…) La tarea del Tribunal europeo consiste en determinar si el procedimiento litigioso, considerado en su conjunto, revistió el carácter equitativo exigido por el párrafo 1".*

Es decir que la igualdad de armas no es una garantía absoluta, sino que se entiende y se hace efectiva en cuanto sea directamente

útil para el equilibrio *equitativo* del proceso. El CEDH no articula condiciones concretas, aunque puede observarse que todos y cada uno de los apartados del art. 6.3, desde el derecho a conocer la acusación hasta el derecho a intérprete, constituyen mecanismos de búsqueda de un estatus de *igualdad* del acusado respecto de la parte acusadora. Pero se trata de una noción más genérica de la *igualdad de oportunidades*, precisamente en el sentido que más arriba habíamos descrito, predicable del conjunto del proceso, y no de la concreta y particular posición de las partes en cada uno de sus diferentes trámites.

c) Conclusión: la asimetría como canon de igualdad. Un proceso regido, como mínimo, por la igualdad de oportunidades

El examen de la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español nos permite concluir, a modo de recapitulación y resumen, que la *asimetría* de posiciones y de posibilidades de acusación y defensa es una consecuencia directa del hecho de que en el proceso penal las partes son titulares de derechos fundamentales diferentes, y en especial del juego rector que corresponde al principio de presunción de inocencia. Pero esa asimetría no choca por fuerza con la idea de igualdad, sino que al contrario, la igualdad, entendida como *igualdad de oportunidades* de la defensa frente a la acusación es —o debe ser— precisamente la garantía de que esa distinta posición de las partes no se verá neutralizada por un trato discriminatorio hacia el acusado, que tienda a contrarrestar (indebidamente) los efectos de la presunción de inocencia.

Otra cosa es la *igualdad de armas* entendida como régimen de organización de determinadas fases o diligencias del procedimiento. Se trata justamente de una concreción, entre otras, de esa exigencia global de *igualdad de oportunidades* en que se traduce el *proceso equitativo*, y supone que en determinados momentos del proceso (básicamente la fase intermedia y el juicio, pero también ante la adopción de otras decisiones que afectan al estatus de la persona investigada, como se verá en la segunda parte de este trabajo) ambas partes han de contar con las mismas posibilidades de actuación, como medio de asegurar su idéntica capacidad de influir en el resultado del acto procesal del que se trate. En general, como ya hemos reiterado, la igualdad de armas aparece vinculada, por tanto, de manera recíproca con él, al principio de contradicción y a los trámites procesales en los que no oír o no permitir actuar a una de las partes del mismo modo que puede hacerlo la otra supone un riesgo para su capacidad de defensa, incompatible con la interdicción constitucional de indefensión.

Fuera de esos supuestos, como también queda dicho, la igualdad de oportunidades tiene diversas manifestaciones, y es una exigencia global del proceso, no de cada uno de sus trámites.

Por consiguiente, la asimetría procesal que se refleja en circunstancias como que el acusado no pueda acceder al contenido o el resultado de la investigación más que a partir de cierto momento y en determinadas condiciones, que su derecho a exigir la práctica de diligencias se restrinja o se vincule precisamente con la interdicción de indefensión (permitiendo por ejemplo que su pretensión pueda ser rechazada siempre que ese rechazo no genere la pérdida irreparable de un medio de prueba), o que la contradicción, en fin, pueda verse limitada en atención a objetivos como la eficacia y la realización de la justicia, singularmente en la fase de investigación, son rasgos del procedimiento que no comprometen forzosamente la igualdad *(equidad)* del mismo ni excluyen que la igualdad de armas sea exigible en aquellos momentos en que resulta imprescindible para asegurar esa *equidad.*

Y, a la inversa, esa asimetría se traduce en que la acusación, por ejemplo, no pueda utilizar pruebas ilícitamente obtenidas que la defensa sí puede usar a su favor, o que —mediante una adecuada regulación del *discovery*— no

pueda llevar al juicio pruebas sorpresivas y la defensa sí, o que no pueda interrogar al acusado en juicio si éste no desea declarar, o que no disponga de los mismos recursos que la defensa frente a la sentencia. Nada de eso es incompatible con la igualdad. Por el contrario, es reflejo (e intento de solución) de uno de los problemas más complicados a los que ha de hacer frente el jurista: el de calcular y dosificar las consecuencias del *derecho a la igualdad de los desiguales.* En este punto, lo que realmente exige la Constitución es asegurar *como mínimo* la igualdad de oportunidades del acusado frente a la/s parte/s acusadora/s, en términos que aseguren la tutela real, eficaz y efectiva del principio de presunción de inocencia, y, por ende, su derecho de defensa.

2. LA IGUALDAD DE ARMAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE 2011 Y EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013

De cuanto se ha apuntado en los apartados anteriores se desprende nítidamente que las graves disfunciones derivadas de la obsolescencia del modelo procesal instaurado en 1882 solo son corregibles mediante un planteamiento global, de fondo, y verdaderamente inspirado en los principios que han de regir el proceso penal conforme a los valores de la Constitución de 1978 y los textos internacionales con arreglo a los que hay que interpretarla, según su artículo 10.2.

No se trata por tanto —al menos, no solamente— de construir un modelo procesal más "ágil" o más "eficaz". Lo será sin duda, a poco que se aplique el Legislador, entre otras razones porque hasta el momento actual las tentativas de "modernización" de la Justicia han caminado en sentido exactamente contrario al de la lógica histórica, por no decir el más elemental sentido común: en lugar de transformar la naturaleza, la estructura, el funcionamiento, la función y los objetivos del proceso para adecuarlos a las necesidades y las posibilidades de nuestros días, y a las exigencias de una sociedad democrática desarrollada, lo que se ha hecho ha sido (des)invertir en faraónicos planes y aparatosas estrategias de informatización y/o reordenación de espacios físicos y tareas burocráticas y, a lo sumo, en tratar de recomponer los vetustos procedimientos diseñados hace ciento cuarenta años mediante la sorprendente técnica de pasar el trabajo de unos (los jueces, por ejemplo) a otros (los secretarios, los fiscales, los notarios, los registradores, etc.). Confundir *modernizar* con *informatizar*, para acto seguido confundir también *informatizar* con *escanear papeles* tan solo ayuda a prolongar —generando una ficción de *rejuvenecimiento*— la agonía del sistema procesal preconstitucional, que aleja de forma contraproducente el horizonte de un proceso penal moderno, basado en conceptos y objetivos diferentes de los que inspiraron las añejas leyes liberales.

Pues bien, dejando aparte el —ya mencionado— avance pionero y fragmentario que pretendió la Ley del Jurado, en buena medida frustrado por su *rareza,* que llevó al Tribunal Supremo a tildar esta norma de "islote robinsoniano"[35], el primer intento decidido de cambio de perspectiva del proceso penal español en la línea constitucional que, errado o acertado en su contenido, vio la luz pasados más de treinta años de vigencia de la Constitución, fue el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal informado en el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011.

Nacido ese texto con el designio fatal de una muerte anunciada desde su origen, por extinción de la Legislatura (de hecho nunca tendrá respuesta la pregunta de si aquel proyecto fue posible precisamente por eso, es decir, porque el Gobierno que lo encargó era consciente de que estaría listo *justo a tiempo* de no tener que asumir el coste de ponerlo en pie), el Ejecutivo emanado de las elecciones celebradas a finales de ese mismo año pareció retomar el impulso, encargando a una comisión de juris-

tas de diversas procedencias el encargo de redactar un nuevo borrador, que fue publicado, en el sentido editorial del término, en 2013, pero no llegó ni siquiera al punto de partida del proceso prelegislativo, ya que el mismo Ministerio de Justicia que había encargado su redacción no lo asumió como Anteproyecto. Un examen detallado de su contenido permite además comprobar que la relación con el Anteproyecto de 2011 es paradójica: evitando por regla general la trasposición literal, se le asemeja sin embargo mucho (¿inevitablemente?) en casi todo… salvo en lo más importante.

Sería demasiado extenso y prolijo recorrer con detalle cada uno de los puntos de esa comparación, porque de algún modo en el primer texto *todo* es nuevo en el sentido de que todo responde a un planteamiento basado en nuevos valores, y en el segundo no todo es lo que parece, porque la presencia de esos valores resulta más matizada a consecuencia del aparente intento de injertar esos valores en la tradición *semiinquisitiva* (sin renunciar en el fondo a ese modelo tradicional), lo que genera tensiones y contradicciones internas de difícil solución[36].

Por eso, y para seguir en lo posible el esquema argumental de la primera parte de este trabajo, a continuación se hará una simple y brevísima "cata" de tres momentos; los que quizá reflejan de manera más patente que no es imposible —frente a lo que parece sugerir la historia, y bajo su peso, el borrador de 2013— colocar la esencia del principio constitucional de presunción de inocencia como principio rector de todo el proceso, y traducir esa decisión en la imprescindible *asimetría* de las partes de la que precisamente deriva la igualdad de oportunidades.

Esas tres muestras son las siguientes: el diferente régimen de actuación de las acusaciones y las defensas en la fase de investigación, la posición del acusado en el juicio oral y la regulación del recurso de apelación.

A. LA INTERVENCIÓN SECUENCIAL DE ACUSACIONES Y DEFENSAS EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Si nos atenemos al vigente modelo de proceso penal español, es en la fase de investigación donde, como hemos razonado, la idea de *asimetría* encaja con más soltura, en la medida en que el propio Tribunal Constitucional reconoce en esa fase una *excepción* a la regla de la igualdad de armas.

A lo largo de las páginas anteriores se ha tratado de demostrar, sin embargo, que en realidad la distribución de derechos, deberes, cargas y posibilidades de las partes a lo largo del proceso no necesita de *excepciones conceptuales,* sino que responde a la normalidad sistémica de un modelo inspirado en la verdadera noción constitucional de igualdad, y obediente a la regla de la presunción de inocencia. En esa línea, la recuperación de la ventaja que Alonso Martínez pretendía ofrecer al Estado, y el margen para la eficacia y la realización de la justicia de que habla el Tribunal Constitucional, se concretan en el simple reparto de papeles dentro de la fase investigadora, de manera que la eficiencia de la investigación —así como su celeridad y concreción, contrapunto de la *inquisitio*— sea compatible con un pleno ejercicio, igualmente eficaz, del derecho de defensa.

En un modelo basado en esas ideas, como el del Anteproyecto de 2011, el fiscal dirige y controla la investigación desde que motivadamente decide abrirla hasta que la cierra, sea porque ha agotado su objeto o porque ha transcurrido el tiempo máximo que la ley autoriza a mantener vivo el estatus de "investigado" que pesa sobre un ciudadano que se presume inocente (arts. 481 y ss.). La expresión "dirige y controla" que se acaba de emplear quiere decir que el Fiscal es, primero, el responsable de delimitar por escrito el objeto de la investigación, que, como garantía acusatoria esencial, ha de ser conocido por el investigado (mediante la notificación del decreto y la comunicación de los cargos en la primera comparecencia) y no puede ser ampliado o modificado sino a través

del mismo procedimiento (arts. 457.3, 464 y 468); y en segundo lugar, es igualmente responsable de decidir sobre la práctica de diligencias y llevarlas a cabo u ordenar a la policía judicial que las cumplimente.

Obsérvese que, lógicamente descartada —contra la torpe pretensión del vigente art. 5 E.O.M.F.— la "contradicción" como principio rector de la fase investigadora, hasta aquí no se da propiamente una situación de "igualdad de armas", sino, a lo sumo, la *entrega de la munición* con la que en su caso y en su momento podrán cargarse dichas armas. Mediante la garantía de acceso al contenido de la investigación (que se regulaba en los arts. 469 y 477 del Anteproyecto), las partes pueden formar su estrategia, en particular la estrategia de defensa del acusado, y en consecuencia pedir al fiscal que practique las diligencias que les interesen (arts. 470 y 479), así como aportar todos los materiales e informaciones que estimen convenientes, que el propio fiscal debe incorporar al expediente salvo que los juzgue irrelevantes, por ajenos al objeto de la investigación (arts. 471 y 478). Hay que insistir: en nada de eso hay debate contradictorio, ni cabe razonablemente que lo haya. Las decisiones denegatorias del fiscal no son recurribles más que en un supuesto que enseguida examinaremos: cuando como consecuencia de la no realización de la diligencia interesada se puede perder definitiva e irrecuperablemente una fuente de prueba. Los límites del fiscal son materiales (el objeto que él mismo haya delimitado), de legalidad, y temporales: está sujeto a un control judicial de legalidad en cuanto afecte a derechos fundamentales (art. 490) y limitado por una garantía general que impide que una persona pueda ser investigada indefinidamente. De ahí la importancia del plazo. La contrapartida es que, dentro de esos límites, su investigación ha de ser *suya,* no fruto de la *colaboración* —ni mucho menos de la apertura de vías a la *obstrucción*— de la defensa.

La intervención de las partes en las diligencias de investigación practicadas u ordenadas de oficio o a instancia de las otras partes por el fiscal, se regulaba también en congruencia con esa distinción entre la verdadera *igualdad de oportunidades* y la contradicción (mal) entendida como *diálogo permanente*: el investigado podía tomar parte únicamente en las diligencias en las que "esta ley prevea expresamente su intervención", además de todas aquellas practicadas a su instancia y las efectuadas para el aseguramiento de fuentes de prueba (art. 472). La remisión legal conducía a todos aquellos supuestos —además, claro está, de los actos que recaían sobre su propia persona, como declaraciones, toma de muestras de ADN, reconocimientos, etc…— en que su derecho de defensa se identificaba precisamente con su intervención personal o a través de abogado en el acto concreto de que se tratase. Lo que no sucede por ejemplo (y quizá fuera uno de los cambios más llamativos que recogía aquel texto) en el caso de las declaraciones de testigos llamados de oficio por el fiscal (art. 376 y ss.). La falta de mención del investigado como *partícipe* en el acto de declaración no era, en el Anteproyecto de 2011, un olvido. Nótese que, como decía su exposición de motivos, la eficacia probatoria de esta diligencia se agota en la fase intermedia —es decir, en el juicio de acusación— y si la parte afectada consideraba, a través de la lectura del acta de la declaración que el fiscal había de levantar (art. 381) que ese testigo debería ser interrogado sobre otros extremos, podía proponer que así se hiciera. Igual que podía desde un principio solicitar su declaración, y entonces nos hallaríamos en el caso de una diligencia practicada a instancia de parte, en la que, como se ha indicado, ésta sí tiene derecho a estar presente. Es decir, que solo en la medida en que el investigado tenga interés "activo" en la declaración testifical que puede considerar como una posible fuente de prueba para la defensa, tiene lugar y sentido su intervención personal en esa declaración. El derecho a interrogar a los testigos que proclama el art. 3 CEDH se garantiza por esa vía (si quiere interrogarlo, pedirá su declaración) y en todo caso, cuando hayan de ser considerados estrictamente testigos —solo— de la acusa-

ción, en el juicio oral. Fuera de esos supuestos, la presencia de la defensa en la toma de contacto inicial del acusador con un posible testigo de cargo carece de sentido y de trascendencia procesal.

Cuestión distinta es que, obviamente, el investigado tuviera por principio acceso a todo el contenido de la investigación que no fuera secreto, y también a lo que lo hubiera sido, con tiempo suficiente para tomar conocimiento de ello y solicitar sus propias diligencias, *ex* art. 489.4).

Asimismo, terminada la investigación del fiscal, la *asimetría* se compensa abriendo una segunda fase en que son las otras partes las que, a la vista de los resultados de la indagación oficial, toman la iniciativa. Son las llamadas "diligencias complementarias a instancia de parte" (arts. 494 y ss.), que pueden incluir aquellas que en su momento fueron denegadas por el fiscal investigador. Aquí se abre un nuevo espacio para la contradicción, en la medida en que de su práctica pueda depender, precisamente, el cambio de estatus del investigado: esto es, que pase a ser acusado y se abra la fase intermedia para decidir si será juzgado.

En todo caso, si de acuerdo con el procedimiento que más adelante se examinará, el juez de garantías decide que las diligencias instadas por las partes en este momento han de ser practicadas, será el fiscal quien habrá de hacerlo (art. 497). La razón es obvia: otra solución (como la que se ha pretendido dar en otros países), esto es, que sea el propio juez quien lleve a cabo esas actuaciones, conduce al riesgo de *rejudicialización* de la fase investigadora. La inercia de un juez de instrucción habituado a su función, que en la actualidad incluye repetir —para "santificarlas" con el marchamo de la "verdad material"— las diligencias que ya se han practicado antes (en sede policial, en la fiscalía…) conduciría muy probablemente a ese resultado, que daría al traste con el fundamento esencial del cambio de sistema. Por otra parte, no hay nada de novedoso ni de extraño en que el fiscal haya de practicar por imposición judicial una diligencia que él denegó. Es algo que ocurre cotidianamente en el modelo actual, cuando por vía de recurso de apelación o queja las Audiencias Provinciales revocan resoluciones del juez de instrucción —sobre todo resoluciones acordando el sobreseimiento o el archivo de querellas— obligándole a la práctica de determinadas diligencias que había rechazado. Y eso que es "independiente".

Además, la mecánica de esta clase de diligencias no ofrece dificultad: si se trata de la aportación de documentos el fiscal solamente habrá de recogerlos y tenerlos en cuenta —es decir, en el peor de los casos, razonar más tarde por qué no los considera influyentes en su posición procesal—, y tratándose de oír a testigos o peritos, se contemplaba en el Anteproyecto la intervención activa de las partes en el interrogatorio (arts. 472 y 480). E incluso, en la medida en que el modo de practicarse la diligencia hubiera impedido alcanzar su legítimo objetivo, y esto afectase a la efectiva aportación de hechos que no constaban en el procedimiento y además fueran decisivos para la apertura del juicio oral, el art. 497.2 permitía la revisión judicial y la ampliación o rectificación de lo mal hecho. El derecho de defensa permanece, pues, a salvo en todo caso.

Como puede verse a través de estos ejemplos, el abandono del modelo de *contradicción continuada* o de *investigación en régimen de debate*, daba paso en el Anteproyecto de 2011 a otra dinámica procesal basada en el ejercicio específico de los diferentes derechos —y funciones— de las partes. Consiguientemente, en la línea apuntada en la primera parte de este trabajo la "igualdad de armas" se reservaba en esta fase inicial del proceso para aquellas decisiones que directamente afectasen al estatus procesal del sujeto pasivo del proceso, como más adelante se comprobará.

La Propuesta de 2013 retrocede por el contrario hacia un paradigma mucho más cercano a la vigente *inquisitio* judicial, armada procedimentalmente como una especie de *juicio secuenciado anticipado.* La declaración de que

"la dirección de las Diligencias de investigación corresponde al Ministerio Fiscal, incluidas las abiertas en ejecución de una resolución del Tribunal de Garantías a petición del querellante" (art. 240) constituye un formulismo rotundamente desmentido por la estructura y el funcionamiento real del modelo: el derecho de defensa definido en ese texto incluye (art. 7.2) la participación activa de la defensa en todos aquellos actos y diligencias en que la ley no excluya expresamente su presencia; lo que *no* ocurre, por volver al ejemplo anterior, con la declaración de los testigos de cargo, en la que, al contrario, se contempla *expresamente* la presencia y actuación de la defensa (art. 376). Además, el régimen general de impugnación de los actos del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 128 se concreta en la posibilidad de que las partes personadas —defensa y *también acusaciones*, por consiguiente— puedan en todo caso y en todo momento poner en manos del Tribunal de Garantías la decisión inapelable sobre las *"…medidas de investigación o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba…"*.

Parece obvio que así no se define un fiscal *director de la investigación,* sino un fiscal *oficiante* de la instrucción que, a través de la resolución de esos —previsiblemente innumerables— recursos, dirige en realidad el órgano judicial.

Se perpetúa de este modo el paradigma de *instrucción judicial* organizada como un diálogo a tres —o más— bandas, delimitado, ordenado *y dirigido* por el juez, con dos únicos matices: que este no puede actuar de oficio y que sus decisiones no pueden ser recurridas ante una instancia superior. Pero obsérvese que, desde la perspectiva de la igualdad de armas, ninguno de esos dos matices aleja sustancialmente ese modelo del sistema inquisitivo hoy vigente; al contrario, en realidad lo empeora, al agudizar los problemas organizativos del proceso con directa incidencia en el terreno de las garantías.

En el primer aspecto, el aparente intento de atenuar la capacidad inquisitiva del juez restringiendo su margen de maniobra a las peticiones de las partes, en forma de *justicia rogada,* no solo no elimina la posibilidad de que el órgano judicial se implique en las decisiones *de fondo* sobre el objeto de la imputación y el modo de fundarla y articularla, construyendo —aun cuando sea mediante la sucesiva decantación de las posiciones que adelantan las partes— su propia *tesis acusadora,* sino que además incrementa exponencialmente el riesgo, hoy constitutivo de uno de los grandes males del proceso penal español, de que, sobre todo en asuntos complejos, esta fase del proceso adquiera una deriva errática como consecuencia de: a) los esfuerzos de las acusaciones por agotar sucesivamente todas las posibilidades, con patente merma del derecho de defensa del *encausado,* que termina no sabiendo con exactitud de qué y de quién se tiene que defender, lo que difícilmente se identifica con la idea de *igualdad de armas*; y b) los esfuerzos de la defensa por anegar y desbordar la investigación impidiendo su avance, mediante la fácil estrategia de ejecutar un persistente bombardeo de petición de diligencias y recursos contra las decisiones que según los casos las acuerdan o las deniegan. Estrategia que además halla en la Propuesta un magnífico incentivo añadido: el límite temporal de *caducidad* de la fase de investigación que marca la ley[37].

Así, un juez absolutamente implicado *en el fondo* de la homologación o el rechazo de una determinada tesis o línea de investigación, como el Tribunal de Garantías que diseña el art. 128 de la Propuesta, no deja en modo alguno de ser *inquisitivo,* pero al quedar encerrado en el terreno que le marcan las partes, además puede verse atado de pies y manos a la hora de *cerrar* o *acotar* ese debate de límites indefinidos.

No hace falta explicar cuál puede ser el resultado de esa combinación de factores mal engranados. En lo que aquí importa, lo determinante es que —salvo a peor, en esos puntos— *nada cambia:* configurar la fase de

investigación como *un debate ante un árbitro* con plenos poderes para decidir sobre la *oportunidad* —que no la legalidad— de la línea investigadora de la acusación aboca en realidad, de manera insoslayable, al fenómeno característicamente inquisitivo de la *consagración del material sumarial.* La supuesta *igualdad de armas* así escenificada hace que la presencia *contradictoria* de la defensa en cada decisión sobre el curso de la investigación sirva sobre todo para certificar la *santidad de la cosa prejuzgada* por un Juez independiente, imparcial y sujeto únicamente al imperio de la Ley, que, al actuar *a instancia de parte* ni siquiera parece estar contaminado por su propia tesis acusadora. Cuando al final de esa fase la acusación se construya con el fruto de cada uno de esos actos, será tarde para la verdadera *igualdad de armas,* porque el propio acusado habrá contribuido con su aportación impagable —incluso, por supuesto, con sus impugnaciones *imparcial y razonadamente* rechazadas— a la *presunción de solidez* de dicha acusación. Un juez absolutamente implicado *en el fondo* de la homologación o el rechazo de una determinada tesis o línea de investigación, como el Tribunal de Garantías que diseña el art. 128 de la Propuesta, no deja en modo alguno de ser *inquisitivo,* pero al quedar encerrado en el terreno que le marcan las partes además puede verse atado de pies y manos a la hora de *cerrar* o *acotar* ese debate de límites indefinidos.

El segundo aspecto (la imposibilidad de recurrir las decisiones de ese tribunal *de garantías* sobre la *idoneidad* de las diligencias acordadas o rechazadas por el fiscal) tiene consecuencias aún más visibles. La diferencia entre el modelo vigente, el del Anteproyecto de 2011 y el de la Propuesta de 2013 se plasma en una graduación de posibilidades para la defensa: en el modelo de la LECrim. puede proponer sus propias diligencias, cuestionar las que proponen las acusaciones y recurrir las decisiones del juez al respecto, así como las que este adopta de oficio, cuando entiende que le perjudican; en el modelo del Anteproyecto la investigación *unilateral* dirigida por el fiscal y *completada* en su caso por las acusaciones particular y popular, no puede materialmente perjudicar sus posibilidades de defensa, precisamente porque la falta de homologación judicial de *fondo* y la falta de contradicción en su práctica preservan todo el potencial defensivo en los dos frentes: la posibilidad de cuestionar la prueba de cargo y la libertad de aportar prueba de descargo; pero en el sistema de la Propuesta de 2013 no solo se otorga al Tribunal de Garantías la función clásica de *autoconsolidación* del material instructorio; es que además —a diferencia de lo que ocurre en la LECrim.— sus decisiones en ese terreno son irrecurribles. Por eso, de los tres, este último es sin duda el modelo menos favorecedor de la igualdad de armas y, en contra de lo que pretende aparentar, del derecho de defensa.

En suma, una primera aproximación general permite corroborar que la vinculación del principio de *contradicción* a una verdadera y eficiente garantía de dicha igualdad exige, como se puso de manifiesto en la primera parte, su adecuada administración en función de las necesidades de tutela de los derechos del imputado/acusado en cada momento el proceso. La sumisión de la fase de investigación, en su integridad, a un régimen de *plena contradicción* genera, como se ha visto, efectos palmariamente contraproducentes.

De ahí que sea preciso concretar en qué momentos del procedimiento la aplicación del principio de contradicción puede verdaderamente contribuir a asegurar la igualdad de armas de las partes, y en particular la igualdad de armas de la defensa frente a la acusación. A continuación se examinan, sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos en los que el despliegue de ese principio sí resulta realmente operativo en el plano de las garantías:

a) El derecho a impedir o cerrar la investigación

Por obvias razones, en un sistema basado en la presunción de inocencia el primer debate

contradictorio al que las partes, y en particular el investigado, han de acceder es el de la legalidad misma de la investigación. Hay que subrayar el concepto "legalidad", porque no se trata de un debate valorativo sobre la oportunidad o la viabilidad de la eventual acusación. El Anteproyecto de 2011 también abría cauce a esa otra cuestión, pero después de que el fiscal hubiera agotado el margen temporal de que disponía (he aquí una nueva manifestación de la *ventaja limitada* a favor del Estado) para poner en pie la tesis acusadora.

En efecto, lo que *a limine* cabe discutir, en plena igualdad de armas, es decir, ante un juez que oirá desde su posición equidistante a las partes y decidirá con arreglo a Derecho, es si la investigación misma vulnera la presunción de inocencia, sencillamente porque no se dan los presupuestos legales para abrirla. Así, el art. 462 del Anteproyecto preveía que *"el Juez de Garantías, en cualquier estado del procedimiento, previa petición del investigado, dispondrá el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal"* y añadía que *"esta resolución requerirá la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra ella recurso de apelación",* norma que se reproduce casi literalmente en el artículo 241 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

Se cumple de este modo la regla de que todo cambio en el estatus procesal del sujeto pasivo —en este caso, la adquisición de la condición misma de *investigado* o *encausado*— se resuelva en régimen de contradicción y, por tanto, de igualdad de armas: ambas partes, acusadora y acusada, tienen iguales posibilidades de alegación ante el juez. La *asimetría* resurge, no obstante, en el régimen de recursos: solo la resolución de sobreseimiento (no la que lo rechace) es recurrible. Pero aquí la razón de dicha asimetría resulta evidente: compensa la recíproca desproporción de efectos anudados a cada una de las dos decisiones que el juez puede adoptar. Mientras que la petición de sobreseimiento por esta causa puede reiterarse cuantas veces entienda la defensa que hay razón para ello, el sobreseimiento es una resolución no solo definitiva —desde el punto de vista de la viabilidad del proceso, y por tanto de las posibilidades de la acusación— sino que además produce efecto de cosa juzgada, es decir, equivale a la absolución (art. 535.1 del texto de 2011 y 421.1 de la Propuesta de 2013).

Como se ha dicho, en el modelo de 2011, junto a ese *derecho a impedir la investigación* se reconocía el derecho del investigado a exigir la terminación del proceso una vez que el fiscal ha agotado su margen de acción bajo el paraguas de la ininpungabilidad de sus actuaciones investigadoras fuera de los supuestos expresamente autorizados por la ley (art. 492). La defensa, complementando en su caso esa investigación a través de las diligencias finales a las que también se ha hecho ya referencia (que de ser rechazadas por el Ministerio Público daban lugar a un incidente judicial en régimen de contradicción, igualmente examinado), podía oponerse a la prórroga de la investigación, instando de la autoridad judicial *imparcial* el cierre inmediato del proceso. En efecto, en ese texto tal prórroga solo era posible si la autorizaba el juez de garantías oídas todas las partes (art. 482.2).

El artículo 127 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 *parece* instaurar un régimen similar, pero de nuevo las diferencias son notables, puesto que no solo se define un *fiscal fiscalizado* que no dispone ni de su propio espacio ni de su propio tiempo *para la investigación,* sino que precisamente por ese motivo no puede delimitar con verdadera precisión el alcance de sus funciones ni de la investigación misma, que como se ha visto puede avanzar por caminos impredecibles en función de cómo actúe el engranaje *juez-partes*. El art. 484 del Anteproyecto de 2011 establecía que *"el Juez de Garantías no autorizará la continuación de la investigación cuando no la estime justificada o cuando considere que el procedimiento de investigación se ha dilatado indebidamente",* advirtiendo expresamente de que contra esa resolución —directamente inspirada, como es obvio, en el principio de presunción de ino-

cencia que la investigación conclusa del fiscal no había logrado cuestionar— no cabía recurso. El texto de 2013, forzosamente más impreciso, no puede ofrecer una solución semejante: se limita a disponer que en estos casos "*el Tribunal de Garantías, a instancia de parte y previa audiencia del Fiscal, fijará a éste un plazo máximo para la clausura de la investigación*", y acto seguido somete esa *clausura* al régimen general de la conclusión y, en su caso, sobreseimiento del proceso (arts. 418 y ss). No hay, por tanto, una *sanción procesal* específica del exceso investigador, es decir, no se sabe muy bien qué ocurre si el fiscal incumple el plazo, *o no le dejan cumplirlo*. De nuevo en este texto la *igualdad de armas* parece más un modo de conducir el procedimiento —la *vía férrea,* tal vez larguísima, hacia la apertura del juicio— que el fruto de una verdadera convicción sobre la función garantista del proceso.

b) La investigación complementaria de la defensa

Como repetidamente se ha dicho, el Anteproyecto de 2011 se basaba en un esquema en el que igualdad de armas se administra distribuyendo los tiempos y los márgenes de actuación de los diferentes intervinientes, conforme al objetivo de *equilibrio equitativo final* que se ha descrito.

Así, concluida la investigación del fiscal, este debía "*dar traslado de todo lo actuado a la defensa y a los acusadores personados para que, a la vista del resultado de la investigación, en el plazo común de diez días propongan la práctica de las diligencias complementarias que consideren necesarias, reiterando en su caso la solicitud de las que hubieran interesado con anterioridad y no hayan llegado a practicarse*" (art. 494.1). El Anteproyecto —por presumibles razones de celeridad y economía procesal, pensando especialmente en evitar todo intento de *inquisición general* a instancia de las acusaciones personadas— permitía al fiscal aceptar solo las que fueran *útiles para la investigación* (art. 494.2), pero el canon de admisibilidad de las diligencias propuestas por la persona investigada era en realidad otro: que *resulten imprescindibles para ejercer la defensa* (art. 495.1); y el encargado de apreciar esa naturaleza *imprescindible* era, en caso de discrepancia, el juez de garantías, previa audiencia de las partes (art. 495.2 en relación con el art. 493).

Es aquí donde más claramente se percibe la descrita dinámica *secuencial* de la investigación: la acusación ha agotado su turno, en un tiempo cuya limitación temporal busca —según ya se ha explicado— asegurar el *mínimo daño posible* para el sujeto amparado por la presunción de inocencia. Cerrado ese capítulo la defensa puede exigir que aquello que le puede ser favorable y no se aportó —de oficio o a su instancia— se aporte ahora. Es el momento de la *igualación,* cuando ya nada de lo que se haga puede perjudicar al investigado, puesto que el acusador ya no dispone de ningún mecanismo de retorsión. Consecuentemente resurge de nuevo en este instante el régimen de contradicción: es el juez de garantías, previa audiencia de las partes, quien resuelve de manera inapelable acerca de la necesidad —y por tanto de la práctica— de esas diligencias, que, como ya se dijo, el fiscal debe inexcusablemente practicar. Además, un resultado fructífero de ese *contraataque defensivo* abría en el Anterproyecto la posibilidad de una *segunda vuelta,* cuando esas actuaciones complementarias revelasen *hechos o datos que no hubieran sido conocidos y no constasen en el procedimiento de investigación con anterioridad.* En este punto *las armas* de la defensa se reforzaban permitiéndole exigir nuevos actos de investigación siempre que su práctica fuera *directamente* determinante (*"de su resultado pueda depender directamente"*, decía el art. 497.2) de la decisión sobre la apertura del juicio oral.

En realidad, ese debate en régimen de contradicción, aparte de las posibilidades de recurso en los supuestos de archivo y sobreseimiento (arts. 499 y 500) era mera y parcial anticipación de otro, el propio de la fase intermedia, que se centraba en la decisión sobre la

apertura del juicio oral. A esto se dedicará el apartado siguiente.

En la Propuesta de 2013, como se ha anticipado, la dicotomía *acusación-defensa* resulta mucho más desdibujada. Se reproduce con matices accesorios el modelo de *instrucción* de corte inquisitivo de la vigente LECrim., por lo que el fiscal no tiene la posibilidad de dirigir y orientar su propia investigación, sino que actúa como agente al dictado de un Tribunal dotado de la facultad de ir dando forma a *la verdad judicial* a partir de una *contradicción* o *diálogo* permanente entre las partes. Ya se ha argumentado cómo lejos de fortalecer la igualdad de armas, ese sistema *desarma* a la defensa convirtiéndola en colaboradora cualificada de la consolidación de una *verdad judicial* previa al juicio, e incluso al *juicio de acusación*.

La configuración del fiscal como mero *oficiante* del Tribunal da lugar, en la esfera de la práctica de diligencias de investigación, a situaciones como la que por ejemplo plantea el artículo 376, que otorga al representante del Ministerio Público la facultad unilateral de declarar inadmisibles las preguntas que las *otras partes* quieran hacer a los testigos. La Propuesta ofrece aquí una de las más vivas ilustraciones de una insalvable paradoja: difícilmente puede darse la *igualdad de armas* en un acto en que la contradicción es arbitrada por una de las partes. El resultado es aún más demoledor que en el modelo vigente: la defensa ya no avala con su presencia e intervención la *verdad judicial* resultante de esa declaración, sino que directamente colabora a robustecer con el blindaje de la contradicción una "verdad" obtenida bajo la "dirección arbitral" *del propio acusador*.

En ese contexto, no se reserva naturalmente a favor de la defensa un espacio específico para la investigación y aportación de los materiales de descargo, como en el Anteproyecto de 2011, sino que, más allá de la capacidad de intervenir constantemente en la *instrucción,* la posibilidad de practicar *diligencias complementarias* a instancia del *encausado* se articula *después* del escrito de acusación (art. 427), en un extraño trámite de *revocación del decreto de archivo* (¿?)[38], que en realidad parece posponer al *juicio de acusación* (ni siquiera identificado como tal, según se verá) la práctica de unas actuaciones que podrían haber impedido la acusación misma, en lugar de forzar su revocación una vez formulada. Este modelo de *acusación de ida y vuelta* es seguramente la consecuencia directa de la ya descrita falta de definición de los límites del objeto y el fin de la investigación que genera ese sistema de *instrucción colaborativa* a tres bandas, hasta el punto de que realmente la concreción de los cargos se produce en este momento tardío de la acusación. Seguramente por eso solo una vez formulada dicha acusación es viable una reacción eficaz de la defensa, con las perturbadoras consecuencias que se verán en el apartado siguiente.

c) El derecho a impedir la apertura del juicio si no hay fundamento para ella

Como nos había advertido el Tribunal Constitucional, la igualdad de armas se convierte en obligada regla de funcionamiento del proceso en el momento de decidir sobre la viabilidad de la acusación, puesto que de esa decisión depende la mutación del estatus del sujeto, que pasa de ser meramente investigado a ser acusado en un juicio. La ventaja de la acusación ya se ha terminado. La fase intermedia es, desde el punto de vista de la presunción de inocencia, necesariamente estructurada como un debate de igual a igual. Acusación primero y defensa después tuvieron la ocasión de preparar sus posiciones: la evaluación del resultado corresponde a un tercero, que deberá valorar, desde la equidistancia, las aportaciones que en pie de absoluta igualdad puedan efectuar ambas partes.

Por eso los artículos 527 y siguientes del Anteproyecto de 2011 ofrecían la oportuna vía contradictoria, arbitrada por un juez *distinto* del que ejerció la función de garantía de la fase investigadora (art. 9), en régimen de plena igualdad de armas. En concreto, se articulaba

una *audiencia preliminar* en régimen de inmediación —e incluso de publicidad, en determinados casos— para solventar la impugnación de la acusación y resolver otras cuestiones complementarias sobre la apertura del juicio.

En la Propuesta de 2013 las cosas tampoco funcionan de ese modo: el sesgo inquisitivo del modelo se confirma en el hecho de que el *juicio de acusación* ni siquiera se configura como tal, sino que, muy cerca del régimen vigente, se diseña un mero trámite de preparación de la apertura del juicio oral, donde el potencial defensivo se diluye en la posibilidad —examinada en el apartado anterior— de que el resultado de las *diligencias complementarias* pueda llevar al fiscal a renunciar a una acusación que ya había formulado (art. 427). Fuera de ese muy improbable *salto atrás,* las diligencias complementarias no parecen alcanzar mayor objetivo que la eventual facilitación a la defensa de materiales añadidos para elaborar su escrito, y se pasa directamente a la fase del plenario. No hay posibilidad de examen contradictorio previo sobre la viabilidad de la acusación, sin duda en congruencia con el hecho de que la patente contaminación del Tribunal de garantías a lo largo de toda fase *instructora* haría ese examen de todo punto inútil, dado que la acusación y su resultado ya aparecen judicialmente avalados. En esas condiciones, un juicio de acusación basado en la igualdad de armas sería sencillamente una quimera; un formalismo inoperante frente a la *verdad judicial* ya establecida.

Por otra parte, en este punto es conveniente subrayar una idea imprescindible para comprender la mecánica de un proceso penal basado en la presunción de inocencia, y más específicamente la arquitectura de su fase intermedia. En el Anteproyecto de 2011 esta fase, articulada como se ha dicho en régimen de contradicción y con igualdad de armas, ante un juez ajeno a la investigación, solo se "activaba" en el caso de que el acusado impugnase la acusación (art. 522.1 y 523), pero cabía la alternativa de que no lo hiciera, procediéndose entonces a la directa apertura del juicio oral (art. 522.2). Esto no quiere decir que la defensa "se conforme" con la acusación o con la apertura misma del juicio. Al contrario, concebir esa facultad como *un auténtico derecho de la defensa* constituye una clave esencial del sistema: nótese que todo el cambio de estructura de la fase de investigación, incluida la "reubicación" del juez y el fiscal, responde al esfuerzo de "descontaminar" el juicio oral del peso enorme que en el paradigma inquisitivo supone el hecho ya apuntado de que la acusación venga "santificada" por una resolución judicial que fija el relato fáctico resultante de la investigación y la conclusión de que esos hechos presentan efectivamente sólidos indicios delictivos y el imputado es, con alta probabilidad, su responsable. Establecer un sistema en que el juez (de garantías) aparezca como una figura mucho más equilibrada entre acusación y defensa y más distante de ellas, y obligar al mismo tiempo al investigado a someterse a una decisión final semejante, con esas mismas implicaciones, constituiría en realidad un enorme contrasentido, puesto que aquí sí estaríamos ante un juez verdaderamente independiente de la acusación que está tomando la decisión de abrir el juicio tras oír, en pie de igualdad, a ambas partes. La fuerza *contaminante* de su decisión para el Tribunal de enjuiciamiento sería mucho mayor.

Por eso el sistema acusatorio adversarial concibe el acceso al *juicio de acusación* como *un derecho de la defensa*, que ésta puede ejercitar conforme a su propia estrategia. El acusado podrá arriesgarse, si considera que tiene "armas" para ello, a intentar, entrando a fondo en el debate de la fase intermedia, que ese juez equidistante rechace la acusación y no abra el juicio oral. Sabrá que el riesgo al que se expone es que se confirme judicialmente —y por tanto, se refuerce— la pretensión acusatoria. Pero también puede optar por eludir las posibles connotaciones perjudiciales —por *prejuiciosas*— de esa decisión y ejercitar su defensa directamente en el juicio, sin someter su estrategia a ese examen previo.

Se puede poner un ejemplo: si la defensa de un acusado que ha guardado silencio durante toda la investigación se reserva una tesis —y pruebas para apoyarla— que desarticulará por completo la acusación, es probable que no le interese "mostrar sus cartas" en la audiencia de la fase intermedia, pues con ello facilitaría a las acusaciones la posibilidad de reaccionar, de cara al propio juicio, frente a su inédita baza defensiva. En ese caso, podrá preferir que la apertura del juicio oral se decida sin su "colaboración", esto es, sin debate y sin exhibición de su bagaje argumental, de modo que la decisión judicial de apertura del juicio no llevará implícito un "prejuicio" sobre la falta de credibilidad o de plausibilidad de la versión del acusado, que simplemente será una incógnita. Y, desvelada dicha incógnita en el juicio, la acusación ya no dispondrá de una nueva oportunidad, puesto que como es natural tiene prohibido, por imperativo de la garantía acusatoria, modificar sustancialmente sus conclusiones (art. 594.2 del Anteproyecto) o intentar la práctica de pruebas no propuestas al formular acusación (art. 566). Así, algo que hoy, bajo el imperio de la "verdad material", no puede evitar el acusado (que un juez profesional y supuestamente imparcial se haya "pre-pronunciado" sobre el debate acusación-defensa, y ese pronunciamiento sea conocido por el tribunal enjuiciador), en un sistema de garantías como el que diseñaba el Anteproyecto sí era posible. De este modo, la presunción de inocencia podía llegar casi *judicialmente intacta* al juicio.

La Propuesta de 2013 tampoco responde a esos planteamientos garantistas. Ya hemos visto que el juicio de acusación ni siquiera se identifica —ni se nombra, como si se hubiera querido huir de una nomenclatura característicamente ligada al paradigma *adversarial* anglosajón— como un trámite autónomo regido por la regla de la contradicción. Más allá del estrecho juego de las *diligencias complementarias,* la decisión sobre la apertura del juicio oral no va precedida de un derecho del sujeto investigado a discutir en régimen de contradicción/igualdad la viabilidad de la pretensión acusadora. La igualdad de armas en régimen de contradicción, profusamente administrada —en apariencia— en la fase *de instrucción*, se excluye precisamente cuando más sentido puede tener para un ejercicio eficaz del derecho de defensa.

Quizá podría argumentarse, en este sentido, que ese momento de *igualación* que representa el debate sobre la acusación no es necesario en un sistema de *instrucción colaborativa* como el que pretende diseñar la Propuesta, en el que se supone que la acusación no tiene *ventaja*. Sin embargo, ya se ha se ha desvelado la falacia de ese aparente régimen de *contradicción continuada*: la capacidad de la defensa se limita a intervenir en las distintas diligencias que se practican —incluidas las que se practiquen a su instancia— tratando de orientarlas a su favor (con el riesgo de reforzar la "objetiva" fuerza acusadora de su resultado si no lo logra) y a intentar la legítima estrategia —en la arquitectura jurídica de ese modelo— de *obstaculizar el avance* de la investigación; pero no dispone de un momento para presentar ante un juez imparcial, no contaminado, un alegato crítico sobre el resultado global de esa labor inquisitiva.

d) El derecho a preservar la prueba de descargo

El derecho del investigado a ejercitar —o preparar— su defensa mediante la práctica de las diligencias de investigación al que ya se ha hecho referencia puede proyectarse de forma determinante más allá de la propia fase investigadora (es decir, de su influencia sobre la apertura del juicio oral), abarcando las bases del derecho a hacer uso de las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.2 C.E.). Se trata, en efecto, de la práctica de aquellas diligencias de las que pueda depender, precisamente, una prueba de descargo determinante incluso del resultado del proceso. Una vez más se cumple la regla de que la directa afectación al estatus del sujeto exige que la controversia se resuel-

va en régimen de igualdad de armas. El art. 504 del Anteproyecto de 2011 regulaba un incidente de *aseguramiento* de las fuentes de prueba (evitando la confusa nomenclatura de la "preconstitución") para los supuestos en que "*pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral*".

En principio podía instar su práctica cualquiera de las partes respecto de aquel material probatorio en peligro de desaparecer que entendiera imprescindible para sustentar su posición procesal, pero en el caso de la defensa ese procedimiento cobraba una especial relevancia porque era uno de los supuestos de ruptura de la asimetría *ventajista* que favorece al Fiscal en la tarea de investigación. El artículo 504 establecía, en efecto, que

> *"1. Cualquiera de las partes podrá promover el incidente para asegurar las fuentes de prueba, cuando pueda preverse que las mismas no estarán disponibles para su utilización en el juicio oral.*
> *2. En todo caso, se iniciará el incidente, si así se solicita, en los siguientes supuestos:*
> *a) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que por razón de ausencia justificada o inevitable, peligro de muerte o imposibilidad física, no podrá comparecer o testificar válidamente en el juicio oral.*
> *b) La declaración de un testigo o perito cuando existan fundados motivos para temer que puede ser amenazado gravemente o sometido a coacciones con la finalidad de alterar su declaración en el juicio oral.*
> *c) La declaración de un testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral de conformidad con lo establecido en esta ley.*
> *d) La declaración del investigado en los supuestos previstos en las letras a) y b) en lo relativo a la responsabilidad criminal de otras personas.*

Obsérvese que la esfera de aplicación de esta norma era distinta de la del artículo 497.2 (práctica de diligencias de investigación decisivas para la apertura del juicio oral), que se ha examinado más arriba, tanto en el aspecto cronológico como en su objeto y finalidad: el incidente del art. 504 podía tener lugar, a instancia de la defensa (no así de las acusaciones particular y popular, art. 506), en cualquier momento del proceso anterior al juicio, incluido, por tanto, cualquier momento de la fase de investigación. Y aquí no regía la condición de que el hecho que se tratase de acreditar fuera necesariamente determinante de la apertura del juicio, resultando por lo demás prematura cualquier valoración acerca del carácter "directamente determinante" de esa prueba sobre una eventual sentencia condenatoria.

Pese a ello, el Anteproyecto disponía que esa decisión había de tomarse en un incidente que incluía la formulación de alegaciones escritas de las partes y una somera actividad probatoria acerca de la efectiva concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma (arts. 508 y 509) y concluía con una resolución judicial irrecurrible (art. 510)

La regulación de este incidente podría hacer dudar de la congruencia del sistema tal y como en estas páginas se ha tratado de construir, puesto que no se confirma en este caso la regla de que la contradicción en régimen de igualdad de armas vaya aparejada a una decisión directamente determinante de un cambio de estatus del sujeto pasivo del proceso. En el supuesto del art. 504 no se da esa situación: al contrario, la influencia que pueda tener la diligencia que se trata de practicar sobre la situación procesal del investigado puede parecer ciertamente remota, e incluso desvanecerse por completo, puesto que si llegada la hora del juicio oral puede practicarse la prueba que se aseguró, esa actuación anticipatoria no consolidará efecto alguno (art. 515).

Hay que recordar, sin embargo, que lo que se ha sostenido en las páginas precedentes es que los cambios de estatus del sujeto pasivo del proceso se materializan en todo caso, por mor de la presunción de inocencia, mediante una decisión judicial adoptada tras un diálogo contradictorio en régimen de igualdad de armas; no que ese régimen sea privativo o exclusivo de esa clase de decisiones. Puede haber otros intereses en juego que recomienden ese mismo procedimiento, y conviene no olvidar

que en este supuesto se halla comprometido el derecho fundamental específico de las partes —y en particular del acusado— a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (24 C.E.), ya que si la prueba en cuestión no se preserva, puede perderse definitivamente la posibilidad de valerse de ella en el juicio.

Pero es que además la decisión acerca del aseguramiento de la prueba sí puede ser *directamente* determinante de la absolución o la condena: llegado el momento del juicio, la posibilidad de valerse de esa prueba dependerá, al margen de cualesquiera otras vicisitudes intermedias del proceso, de lo que se haya decidido en ese instante previo; y si se denegó el aseguramiento y la prueba se ha perdido, no podrá practicarse y en consecuencia no podrá —en defecto de otras— influir determinantemente en el fallo. No en vano el Tribunal Constitucional considera que la vulneración del derecho a la utilización de medios de prueba *"está rigurosamente condicionada a la existencia de indefensión material (…) esto es, que* [la prueba en cuestión] *hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución"* (por todas, STC de 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 2).

Por consiguiente, el que la decisión sobre el aseguramiento se produzca en un momento que puede ser muy anterior —tanto en sentido procesal como cronológico— al instante en que producirá su efecto, no quiere decir que ese efecto no sea directo e inmediato.

El régimen de la Propuesta de 2013 no difiere sustancialmente del esquema descrito en cuanto a la descripción de los supuestos que justifican la práctica de lo que conforme a la terminología clásica sigue denominando *"prueba anticipada"*, pero —reacio siempre a la escenificación de la verdadera contradicción— el texto se limita a prever (art. 432) que se practicará *"a instancia de parte"*. No parece preocuparle la falta de debate sobre la verdadera necesidad y utilidad de esa esa práctica *contra natura* (partiendo de la base de que la prueba se practica en el juicio oral), lo que resulta especialmente significativo si se tiene en cuenta que, a diferencia del citado art. 515 del Anteproyecto de 2011, la Propuesta no contiene una prohibición expresa de valorar en sentencia el resultado de esta clase de diligencias cuando finalmente el medio de prueba que se había anticipado sí acaba pudiendo practicarse *en directo* en el acto del juicio.

e) Las medidas cautelares

Otra de las áreas que evidentemente quedaba dentro de la esfera de la plena igualdad de armas en el Anteproyecto de 2011 era el de la decisión acerca de las medidas cautelares. Una vez más, la afectación sustancial y —con mayor o menor intensidad— irreversible de los derechos del sujeto al que se aplican constituía la clave para que ese cambio de estatus procesal fuera sometido a la decisión de un juez imparcial, oídas las partes.

El Anteproyecto proclamaba que *"la persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad"* (art. 178.1), y a partir de esa regla general —de gran expresividad jurídica pese a tratarse de una traducción algo tosca del original francés[39]—, que como se ve es trasunto explícito de la regla rectora del proceso (la presunción de inocencia), se articulaban toda una serie de medidas personales (caución, localización mediante medios electrónicos, obligación de presentación, prohibición de salida del territorio español, etc., y, por supuesto, la prisión provisional), todas ellas "*bajo control judicial"* (art. 178.2). Control que comenzaba por el propio procedimiento de decisión, mediante una comparecencia en la que las partes, en pie de igualdad, podían formular alegaciones y proponer y practicar pruebas (art. 215), teniendo derecho asimismo —aquí también en plena situación de igualdad— a recurrir la resolución que se adoptase (art. 222).

Y un régimen similar se contemplaba para la adopción de medidas cautelares reales (art. 226.4).

En este apartado ni siquiera es preciso explicar la razón de ser de ese procedimiento: se cumple, con mayor visibilidad quizá que en ningún otro caso, la regla de que la medida de que se acuerda —o se rechaza— comporta una transformación sustancial de la *situación* (no en vano ese es el término que tradicionalmente empleamos cuando de medidas personales se trata) de la persona afectada.

Pero nada de eso impide que el principio de eficacia de la investigación autorice al fiscal a acordar la detención (art. 168), como en el sistema hoy vigente, ni que se aclare el régimen de adopción de medidas reales, en caso de urgencia, también a cargo del Ministerio Público (art. 228). En estos casos el equilibrio entre eficacia y presunción de inocencia (y la consiguiente igualdad de oportunidades de las partes) se busca nuevamente a través del ulterior control judicial, esto es, mediante la técnica de articulación *secuencial* de las intervenciones de las partes, de manera que la eficacia de la investigación nunca se "impone" a la presunción de inocencia, sino que a lo sumo se "adelanta" interinamente al control de legalidad en el que cristaliza esa presunción. Si se piensa bien, esa técnica consistente en *diferir* el debate contradictorio respecto de todo aquello que no lo exige en el momento inmediatamente previo a decidir, reina en la totalidad del proceso: todo lo que ocurre antes del plenario (la legalidad de la detención, la licitud de la obtención de los medios de prueba, el respeto de las garantías de defensa —asistencia letrada etc.— en las diligencias de investigación) será antes o después, incluso en el propio juicio, objeto de un debate contradictorio. De ahí que su articulación *secuencial* no impida la "igualdad de oportunidades", que se termina proyectando, a modo de balance global, sobre toda la extensión del procedimiento. Y de ahí que ese modo de articulación no presente objeción alguna desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, que —recordemos— para valorar la calidad *equitativa* de un proceso concreto toma como punto de referencia *"el procedimiento considerado en su conjunto"*.

Aunque ya se ha explicado que la Propuesta de 2013 no obedece a esa concepción *estructural* de la igualdad de armas, en materia de medidas cautelares el esquema es sustancialmente similar al del anterior Anteproyecto, con la única salvedad relevante, desde el punto de vista organizativo, de que, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares reales (art. 210), para la adopción de medidas personales no se contempla un procedimiento estándar —como el art. 215 del texto de 2011— sino que se proclama genéricamente un principio *de jurisdiccionalidad* (art. 150) que se remite a un procedimiento singular para cada caso. El modelo se acerca más, de nuevo, al vigente esquema de la LECrim, en particular al configurar el sistema de *comparecencia de prisión.*

B. LA POSICIÓN DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL

Pese a todo lo que hasta aquí se ha dicho, dentro del proceso penal vigente en España el momento en que seguramente se hace más patente la lejanía de un modelo de verdad cimentado sobre la presunción de inocencia es del tratamiento procesal de la declaración del acusado en el plenario. Hasta el extremo de que, de hecho, la práctica forense en nuestro país es —por insólito que parezca— manifiestamente alegal, si no ilegal, y desde luego comporta un retroceso manifiesto respecto del esquema diseñado por don Manuel Alonso Martínez en la Ley de 1882.

En efecto, si repasamos el texto de la vieja Ley, encontramos que dentro del Título III dedicado a la celebración del juicio oral, la Sección I del Capítulo III (*Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral*) dispone que al inicio de las sesiones, *"…preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito…"* (art. 688), *"exigiendo contestación categórica"* (art. 693) y *"si (…) contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar*

sentencia" (art. 694). Por el contrario, *"si el procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste" (*art. 696).

Pues bien, a continuación —y sin solución de continuidad— comienza la Sección II del mismo Capítulo III. Y su encabezamiento es expresivo: *del examen de los testigos*. Sencillamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dice, ni en ese lugar ni en ningún otro, ni en la regulación del procedimiento ordinario ni en la del abreviado, que en el juicio oral se tenga que (ni *se pueda*) recibir declaración al acusado. Y, desde luego, no contempla que esa declaración tenga lugar al comienzo del juicio, antes de la práctica de la prueba. La ley permite al acusado *confesarse culpable*, es decir, conformarse con la acusación que se le formula, aceptando la condena que para él solicita la parte acusadora, pero en ningún lugar sugiere ni regula una declaración en forma de interrogatorio del acusado que se ha declarado inocente, concebida como *prueba* y —esto es lo más relevante— mucho menos *como prueba de cargo.*

¿Se trata de un error o un olvido de aquel minucioso y concienzudo Legislador? Así pareció entenderlo la Instrucción nº 51 de 1883 del Fiscal del Tribunal Supremo, que, pese a reconocer que las normas que se acaban de transcribir —y acababan de entrar en vigor entonces— reducen la intervención del acusado a la confesión en sentido estricto, invoca el concepto tradicional de "*prueba* de confesión", a la que califica como "*uno de los medios más interesantes para el descubrimiento de la verdad",* para acto seguido argumentar que "*cuanto en un sumario es permitido hacer, puede practicarse, y aun en muchos casos debe ser practicado, en el juicio oral. Porque esto es indudable para el legislador, se admite como medio probatorio la confesión de los procesados, se prescriben en su caso los careos de éstos con los testigos, y se le permite al presunto reo exponer en su defensa cuanto juzgue que le conviene"*. Argumentación que en efecto triunfó: la Memoria de la Fiscalía de ese año da cuenta de que *"remitidas estas instrucciones (…) á varios Fiscales, por el de Cuenca se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma (…) y la Sala Tercera de este Supremo Tribunal (…) ha declarado haber lugar a dicho recurso; y el Fiscal de Pamplona (…) también interpuso recurso de casación por igual motivo, y dicha Sala tercera, en sus respectivas sentencias de 28 y 30 de Junio de este año, ha declarado haber lugar á los indicados recursos"*. Con unos razonamientos —cabe añadir— sustancialmente calcados de los del fiscal.

Aparte de confirmar que las apreciaciones sobre la trascendencia de la idea de "búsqueda de la verdad" en el modelo de proceso que se realizaron en la primera parte de este trabajo no son meras hipótesis teóricas, la tesis de D. Trinitario Ruiz Capdepón (el Fiscal del Tribunal Supremo firmante de aquella Instrucción) y la subsiguiente jurisprudencia del Alto Tribunal son patentemente tributarias de la inercia inquisitiva que el propio Alonso Martínez temía respecto de "*todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes".* La idea de que todo lo que se hace en el sumario puede hacerse en el juicio con más razón aún no es menos contraria a la esencia de un sistema acusatorio basado en la presunción de inocencia que el peculiar análisis comparativo que aquel Fiscal del Tribunal Supremo ofrecía como apoyo de su tesis: es obvio que los careos del acusado con los testigos —polémica figura donde las haya— no son otra cosa que un mecanismo de cuestionamiento y refutación de la credibilidad *del testigo* (que es el que viene obligado a decir la verdad), no una manifestación de la entidad probatoria de la declaración del acusado; y es igualmente evidente que el derecho a la última palabra de éste último presenta dos características que precisamente hacen que su tratamiento procesal se encuentre en las antípodas de la declaración que hoy se le toma al inicio del juicio: a) al pronunciar su "última palabra" el acusado dice lo que quiere, no es preguntado —y mucho menos por la acusación—; y b) ese trámite tiene lugar *al final* del

juicio, cuando se ha practicado toda la prueba y por tanto el beneficiario de ese último derecho conoce su resultado.

Por si alguna duda quedaba, la respuesta a la pregunta acerca del proceder del Legislador que se realizó unos párrafos más arriba es, hoy, clara: no hubo ni error ni omisión. El modelo de juicio oral de Alonso Martínez se inspiró —del mismo modo que muchos otros aspectos de su ley— en el sistema anglosajón (más concretamente, en el proceso inglés). La razón de ese modelo es tan patente como distante de la mentalidad de aquellos juristas españoles herederos de una multisecular tradición inquisitiva: si la condena ha de basarse en la convicción del tribunal sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable en virtud de una prueba de cargo apta para ello, y el acusado no confiesa (puesto que si confiesa, no hay juicio), resulta un contrasentido, manifiestamente atentatorio contra su presunción de inocencia, que esa "prueba de cargo" sea precisamente su declaración.

Así se invierte de modo radical toda la arquitectura del proceso: si el juicio se inicia con la declaración del acusado que niega la acusación, el resto del debate fácilmente se concentrará en un ejercicio de refutación, es decir, en el esfuerzo de acreditar que la versión de la parte acusadora (que, como hemos visto, viene además avalada por un juez, llamado *de instrucción*, supuestamente imparcial) es más consistente que la del acusado, o, lo que es lo mismo, que la de éste es menos creíble. Bastará con convencer al tribunal de que es más razonable la inferencia probatoria de la acusación que la de la defensa para lograr la condena. Y cabe preguntarse ni no es eso es lo que ocurre en un importantísimo porcentaje de los juicios que se celebran en España, por no decir en todos. De ahí que incluso la ubicación de la declaración en un momento determinado del proceso sea relevante: el acusado que hace voluntariamente uso de su derecho a la última palabra está en posición de reafirmar su tesis y salir al paso de la prueba de cargo; el que declara en primer lugar, por el contrario, puede dejar escrita en el acta su propia condena, en palabras que se arrepentirá de haber pronunciado cuando escuche lo que viene después, cometiendo un error que ya será irreparable en ese momento. Habla a ciegas, y no solo eso, sino que lo que diga puede influir además en el objeto y el contenido de la prueba que se practique a continuación.

Esta forma de administrar los tiempos nos devuelve a la idea clave de la concepción *secuencial* de la igualdad de armas. No cabe duda de que el modo y el tiempo de la declaración del acusado que se ha declarado inocente condiciona absolutamente la efectividad de la presunción de inocencia en el juicio.

Huelga explicar, después de todo lo que se ha dicho, que el modo de proceder que en la práctica ha derivado de esa peculiar interpretación de nuestra legislación (que sin embargo nadie parece haber discutido nunca con demasiado énfasis, no siendo tampoco cierto el argumento de que "da igual" porque el acusado puede negarse a declarar[40]) está exactamente en las antípodas de lo que se pretende con la presunción de inocencia, que es que la condena solo pueda producirse cuando la acusación logra aportar una prueba de cargo suficiente para convencer al tribunal más allá de toda duda razonable (que obviamente no es lo mismo que *cuando le ofrezca más dudas la tesis del acusado que la del acusador*). Es la acusación quien tiene que *ganar* el juicio, no el acusado el que tiene que *evitar perderlo.* Convertir la debilidad argumental o la falta de credibilidad del acusado en prueba de cargo —a veces en única prueba de cargo— es, sencillamente, revivir una modalidad dulcificada (al menos no se recurre al tormento) de la vieja *probatio plena.* Que una tradición de más de cien años, basada en una interpretación manifiestamente equivocada de las intenciones del Legislador, sea a fecha de hoy la única base sobre la que se mantiene una alteración tan seria del régimen de garantías del acusado en el juicio, es, cuando menos, sorprendente.

Por eso sin duda el Anteproyecto de 2011 recuperaba, con mayor precisión, el razonable y modernizador impulso de la LECrim. de 1882. El artículo 567.5 del frustrado texto decía:

> *"El acusado sólo prestará declaración si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que ésta considere oportuno.*
> *La declaración del acusado podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa.*
> *El tribunal en ningún caso podrá rechazarla".*

En definitiva, nuestra reflexión acerca de la relación entre igualdad de armas y presunción de inocencia aboca nuevamente en este punto a la idea de equidad global del proceso. "Igualar" la declaración del acusado con las ("demás") pruebas de la acusación constituye a todas luces un atentado contra la regla rectora del proceso, incurriendo en la flagrante contradicción de condenar por su propia declaración o incluso por su silencio a quien, amparado por la presunción de inocencia, *expresamente se ha negado a confesar.* No cabe duda de que la declaración del acusado podrá contribuir a dotar de credibilidad a la prueba de cargo (que necesariamente ha de ser otra), sea confirmando su resultado material, sea por no aportar elementos de interpretación y valoración de los hechos probados que contradigan la versión del acusador; pero hay un abismo conceptual entre esto y convertir la propia declaración del acusado que no se confiesa responsable del delito en el fundamento de su condena. Y además —conviene insistir— su ubicación como punto de partida del debate pervierte por completo la estructura del plenario: el debate ha de versar sobre la credibilidad de la acusación, no sobre la de la defensa.

La igualdad de armas en este punto es, por tanto, impracticable. Se trata, como en su lugar se indicó, de uno de esos supuestos en que los derechos en juego son diferentes: el acusado tiene derecho —art. 6.3.d) CEDH— a interrogar a los testigos que declaren en su contra y a que se cite y oiga a los que declaren en su favor; pero no hay un derecho "recíproco" —porque la regla de presunción de inocencia impide tal reciprocidad— a que la acusación pueda interrogar sobre los hechos al acusado con el fin de utilizar su declaración en su contra, máxime cuando el ejercicio de su derecho a no contestar puede —como *suele*— tener consecuencias negativas para él.

La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 asume en lo fundamental estos principios y su plasmación normativa en términos casi idénticos a los del Anteproyecto, aunque como en muchos otros pasajes su texto parece el resultado de un especial esfuerzo para que la redacción no sea la misma. El art. 448.1 dispone que *"el encausado*[41] *prestará declaración única y exclusivamente a instancia de su Letrado. La declaración del encausado podrá ser propuesta por su Letrado en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla".* Y también se reproduce casi literalmente, en el apartado 5 del mismo artículo 448, la norma que completa, desde la misma perspectiva de la presunción de inocencia, el sentido procesal de esa regulación del régimen de declaración de la persona juzgada: *"No se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado (…)".* (*Vid.* art. 583.2 del Anterproyecto)

C. LA DISCRIMINACIÓN DE MOTIVOS PARA ACCEDER A LA SEGUNDA INSTANCIA, Y LA PRESENCIA DEL ACUSADO EN ELLA

Por último, la igualdad de armas no debe ser confundida tampoco en la segunda instancia con una disposición estrictamente simétrica de los derechos y posibilidades de las partes.

Un entendimiento del doble grado de jurisdicción penal conforme a los valores constitucionales es una de las grandes cuentas pendientes de nuestro sistema. Y si se acaba

de emplear el término "entendimiento" es porque en esta cuestión no solo hay que afrontar el problema de la obsolescencia normativa —como en todos los demás ámbitos del proceso penal— sino que también parece detectarse en amplios sectores de la comunidad jurídica, incluido algún sector del Tribunal Supremo[42], una dificultad para ver (o una resistencia a aceptar) la mecánica de la doble instancia desde el ángulo de los derechos fundamentales.

En efecto, la cuestión podría resumirse muy esquemáticamente (puesto que el estudio en profundidad de esta materia exigiría de mucha más extensión)[43] mediante la misma idea que sirve de hilo conductor a este trabajo: las distintas partes en el proceso penal no son titulares de los mismos derechos, y por tanto su posición procesal ha de ser distinta para preservar, por vía de compensación, el equilibrio que se identifica con la naturaleza "equitativa" de dicho proceso. De este modo, la "igualdad de armas" no equivale a "igualdad de derechos", sino que es un concepto instrumental necesario en determinados momentos del procedimiento, precisamente para asegurar la "equidad" como resultado global.

En la regulación del doble grado de jurisdicción esa idea se hace, o se puede hacer —como ocurría con la presencia del acusado en el juicio— especialmente visible. Como se apuntó en la primera parte, el acusado es titular de un derecho a la doble instancia (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y el acusador no. El acusado está favorecido por la presunción de inocencia (hasta que la sentencia sea firme) y el acusador no es beneficiario de ninguna presunción simétrica a su favor.

Esta distinción genera consecuencias tanto en el ámbito del acceso al recurso como en el de la posición de las partes en la segunda instancia. Veamos sucintamente cómo se plantean esos problemas y cómo los abordaba el Anteproyecto de 2011, y su reconsideración en la Propuesta de 2013:

a) El acceso al recurso de apelación

El artículo 14 PIDCP, conforme al cual (art. 10.2 C.E.) ha de interpretarse el derecho de tutela judicial efectiva del acusado, incorpora inequívocamente un derecho a revisar —en todos sus extremos— la sentencia condenatoria.

Pero, como hemos visto, no existe un derecho *especular* a al revisión de una sentencia absolutoria. Ésta deberá ser reconsiderada, sin duda, cuando vulnere un derecho fundamental del acusador, en particular, su derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a obtener una resolución jurídicamente motivada que no incurra en error manifiesto, arbitrariedad o irracionalidad, según la constante doctrina del Tribunal Constitucional[44]. Pero la parte acusadora no es titular de un derecho fundamental a la condena (*vid.* infra). No existe tal derecho.

Dadas esas premisas, la presunción de inocencia entendida como regla del proceso, y no desvirtuada después de un juicio con todas las garantías que concluye en sentencia absolutoria, obliga a reflexionar sobre las condiciones en que esa sentencia puede revisarse.

La cuestión hunde sus raíces en la naturaleza misma del sistema: ¿cuántas oportunidades tiene que tener el Estado para conseguir la condena de un acusado presumido inocente? En este punto volvemos al origen de todas estas reflexiones: en el proceso inquisitivo regido por la idea de "búsqueda de la verdad", este "fin primordial" justifica sin duda que el Estado "dueño" de esa verdad pueda concederse a sí mismo una segunda oportunidad para buscarla cuando la sentencia no ha coincidido con la acusación (formulada por el propio Estado sobre la base de la "verdad" hallada por el juez de instrucción). Pero en un proceso basado en la presunción de inocencia y circunscrito a un debate entre acusación y defensa —que comparecen pertrechadas de sus propias y diferentes garantías—, no parece que pueda justificarse esa "segunda oportunidad" para la condena. Obsérvese que el proceso ya ha satisfecho plenamente esos respectivos y distintos

derechos de las partes: el de la defensa a hacer valer la presunción de inocencia, en este caso con éxito, y el de la acusación a la tutela judicial efectiva para sostener, en un juicio equitativo, su tesis acusadora, construida a partir de una actividad investigadora para la que cuenta con amplios poderes, y obtener finalmente una resolución que cumple el canon del derecho a la tutela judicial efectiva.

Veámoslo en términos más concretos: la persona presumida inocente fue absuelta por un tribunal al que la acusación, en pleno ejercicio de todas sus facultades, no logró convencer de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y así lo expresó el propio órgano judicial en una sentencia razonada, que no incurrió en error, arbitrariedad ni irracionalidad, y que por tanto no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de nadie, en particular de la propia parte acusadora (en tal caso, sí existiría un motivo de recurso). En esas condiciones, y habiendo proclamado que *"no existe 'un principio de legalidad invertido', que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, FJ 4)"* (ATC 365/2008, de 17 de noviembre), ¿cuál es el soporte dogmático de ese juicio de segunda instancia contra el acusado absuelto? Parece obvio que en un sistema acusatorio basado en la presunción de inocencia, no lo hay. Puede establecerse, sin duda (puesto que no se vulnera propiamente la prohibición de *double jeorpardy*)[45], atendiendo a consideraciones de "alarma social", de "seguridad material" (que no jurídica), o, en fin, de "ley y orden", un mecanismo de doble grado de "plena" jurisdicción. Pero ni tiene por qué hacerse, ni se ajusta bien a los principios del sistema, cuando esos principios se identifican, como pretendemos, con los derechos fundamentales de las partes.

Todo ello con independencia de ciertas cuestiones de procedimiento. Volver a valorar la prueba en segunda instancia para condenar genera dificultades como las que se han puesto de manifiesto en nuestro modelo procesal vigente a partir de la STC 167/2002, a la que enseguida se hará una breve mención, cuando se trata de medios probatorios que requieren la inmediación del órgano judicial. Evitar esas dificultades mediante la práctica —es decir, la repetición— de la prueba ante el tribunal de apelación conduce al problema alemán, es decir, a la absoluta desvirtuación de la primera instancia, puesto que la prueba que realmente "vale" es la que se practica en la segunda, lo que da lugar a todo un juego estratégico dirigido a no "mostrar las cartas" ante el tribunal *a quo.*

Y, por último, el acceso libre y pleno al doble grado de jurisdicción genera una seria paradoja cuya solución no es fácil más allá de artificiosas construcciones formales. Si el acusado, absuelto en la primera instancia, es condenado en la segunda, ¿qué hay de su derecho a que la sentencia condenatoria sea revisada? Obsérvese que este problema no se da en los supuestos en que la acusación recurre la sentencia absolutoria por una infracción de ley o quebrantamiento de forma que en definitiva suponga vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva: en este caso la estimación del recurso comportará la anulación de la sentencia, y posiblemente del juicio, según cual sea el momento en que se produjo la vulneración del derecho fundamental; y, por tanto, tendrá lugar la retroacción de actuaciones, de modo que, una vez devuelto el proceso a la primera instancia y subsanado el vicio, el nuevo fallo producido en esa misma primera instancia será, lógicamente, de nuevo revisable. Pero cuando se alza el acusador en apelación discrepando de la mera valoración judicial de la prueba, lo que se está aceptando es un nuevo juicio (con "conocimiento pleno") ante el Tribunal *ad quem*, del que nacerá una nueva sentencia, que no "anula" la anterior, sino que la desplaza y la sustituye. Si no hay más instancias —y no suele haberlas; en España no la hay— ésta no será revisable en modo alguno.

Es verdad que esta situación tiene cobertura en el artículo 2 del Protocolo nº 7 al CEDH[46], ratificado por España en 2009. Pero, al margen de las contradicciones que derivan

de la aceptación simultánea de este Protocolo y el art. 14 PIDCP (que en este punto, como ha señalado PÉREZ MANZANO[47], son incompatibles, pese a que las autoridades españolas no parecen inmutarse, y han ratificado el Protocolo sin denunciar el Pacto) no parece difícil intuir que la "calidad" del derecho sufre considerablemente con las excepciones que se hacen a su ejercicio.

Conviene por ello hacer notar que la "artificiosidad formal" antes mencionada no es atribuible a esas normas internacionales *per se*, sino que procede de un determinado entendimiento de las mismas, seguramente no conforme con su propia filosofía. En efecto, el Protocolo califica de "excepción" el supuesto de condena impuesta como resultado de un recurso contra una sentencia absolutoria, y hay que recordar además que el CEDH es una regla de mínimos, según su propio art. 53, de modo que *"ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte"*. Por otro lado, la norma europea no prejuzga la naturaleza del recurso al que se refiere, que puede venir condicionada por otras consideraciones. Dicho de otro modo, que el Protocolo contemple la posibilidad de un primer fallo condenatorio en segunda instancia no quiere decir que, desde la perspectiva de la legalidad interna, el recurso contra el fallo absolutorio previo pueda (o tenga que) estar basado en cualquier motivo.

Como consecuencia de todo ello, podemos concluir que la integración del Protocolo 7 con el régimen de derechos fundamentales de la Constitución española nos permite condenar a alguien en segunda instancia aunque el fallo no sea revisable, pero ni nos obliga a establecer ese sistema ni prejuzga cuáles han de ser las condiciones de ese recurso, que pueden estar vinculadas a la optimización de los valores constitucionales —y los consiguientes principios procesales— en torno al principio de presunción de inocencia. Al contrario, la calificación de esos supuestos como "excepcionales" invita precisamente a restringirlos: que alguien sea condenado por primera vez en segunda instancia y por tanto no pueda recurrir el fallo condenatorio ha de ser "excepcional". Debemos, pues, evitarlo en lo posible. La coherencia interna de nuestro sistema de valores constitucionales nos conduce a evitarlo, y nos permite hacerlo sin que sufran sustancialmente otros valores o intereses. Piénsese en este último aspecto, aun a riesgo de ser reiterativos, que un sistema inspirado en los principios que aquí se sostienen deja a salvo la posibilidad de revocar las sentencias absolutorias que vulneren un derecho fundamental sustantivo o procesal de la acusación, y eso incluye todas aquellas que hayan apreciado la prueba de manera *manifiestamente errónea*, o la hayan valorado de modo arbitrario o irracional.

Las soluciones adoptadas por el Anteproyecto de 2011 se ajustaban sustancialmente a ese modelo en el que el acceso a la segunda instancia se modula en función de los distintos derechos de los que son titulares acusación y acusado.

Así, el recurso de apelación se concebía como *un derecho del acusado* (art. 14 del Anteproyecto de Ley Orgánica que acompañaba al de Ley de Enjuiciamiento), y el art. 625 del propio Anteproyecto disponía que "1. El Ministerio Fiscal y las acusaciones sólo podrán interponer recurso de apelación por motivos de infracción de ley. 2. *En ningún caso,* los acusadores *podrán solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia."*. Esta tajante prohibición concentra buena parte de la esencia conceptual del sistema.

A continuación se desarrollaban los motivos de recurso, como se acaba de decir, exclusivamente por infracción de ley, sustantiva (art. 627) o procesal (628). Sin embargo —y aquí se manifiesta la asimetría derivada de sus diferentes posiciones procesales— de acuerdo con el art. 629 "*el condenado podrá, además,*

interponer recurso de apelación solicitando la revisión de la valoración de la prueba realizada en primera instancia y del fallo condenatorio", y por ello "*sólo podrá practicarse prueba en apelación a instancia del condenado"* (art. 635.3), pero —vuelve a entrar en juego la igualdad de armas, ahora a favor de las acusaciones— "*podrá la parte apelada solicitar al tribunal de apelación la repetición de la prueba practicada en primera instancia si se practican en apelación nuevos medios de prueba, al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorar la prueba en su conjunto".* (art. 635.5.)

En el caso de este recurso interpuesto por el acusado contra la valoración de la prueba, lógicamente, "*el tribunal de apelación revisará el pronunciamiento realizado en la primera instancia, valorando la suficiencia de la prueba de cargo, así como su validez y licitud, y comprobará que la culpabilidad del recurrente se ha establecido después de refutar, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, las hipótesis alternativas más favorables al reo que le hayan sido alegadas"* (art. 630).

En fin, la dualidad de fundamentos y de motivos de recurso que perfilan las posiciones de acusación y defensa se refleja coherentemente en el contenido de la sentencia, que se describe en los apartados 2 y 3 del art. 637 del siguiente modo: "*2. Cuando la sentencia apelada sea anulada por apreciarse la infracción de normas o garantías procesales, el tribunal, sin pronunciarse sobre el fundamento de la pretensión acusatoria, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de que conserven validez todos aquellos actos cuyo contenido no ha de verse afectado a pesar de la infracción cometida. 3. En los demás supuestos, el tribunal dictará la resolución que proceda de acuerdo con las pretensiones de las partes."*

La Propuesta de 2013 tampoco asume en este punto los mismos principios. De entrada parece aproximarse conceptualmente a la apelación, más que como un derecho, como una *posibilidad procesal* que, con distintos matices, se ofrece por igual a ambas partes. Se limita en ese sentido a proclamar de forma genérica y sin distinciones que los motivos por los que "*podrá interponerse"* el recurso son *"infracción de Ley procesal o material"* y *"error en la valoración de la prueba, excepto en los recursos contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado"* (art. 589). Solo en la regulación particular del motivo basado en error en la valoración de la prueba, contenida en el art. 592, se matiza una diferencia de trato entre la acusación y la defensa. Para calibrar el alcance de esa distinción conviene reproducir textualmente sus dos primeros apartados:

> *1.- El condenado podrá alegar en el recurso sin limitación alguna cualquier discrepancia respecto de la valoración de la prueba y reclamar su revisión para que se sopese la suficiencia de la prueba de cargo, su validez y licitud, su motivación racional y la existencia de otras hipótesis alternativas más favorables al reo que no hayan sido razonablemente refutadas.*
> *2.- Cuando se haga valer el error en la valoración de la prueba por la acusación para anular la sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, será preciso que se justifique insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.*

Nada hay que objetar al primer número, que meramente responde a la ya mencionada técnica de redactar con otras palabras —o con las mismas palabras en distinto orden— el mismo texto del Anteproyecto de 2011 (en este caso, su art. 630).

Es el apartado 2 el que puede suscitar algunas incertidumbres respecto de la intención del *prelegislador.* Como ya se ha indicado, los vicios de la sentencia que comporten error manifiesto, irracionalidad del razonamiento o arbitrariedad de la valoración realizada por el Tribunal *a quo* entran de lleno en el ámbito de la tutela judicial efectiva y por tanto en el de la vulneración *in procedendo* de un derecho fundamental (en su caso, de la acusación). El

sistema de la Propuesta de Código Procesal Penal incluye un recurso por *infracción de normas y garantías procesales determinante de nulidad* —art. 591— que la propia sistemática del texto parece encajar en el supuesto de apelación *por infracción de ley procesal* contemplado en el art. 589.a).

La pregunta es, por consiguiente: ¿qué quiere regular, o qué pretende añadir el transcrito art. 592.2? Su lectura permite identificar en lo sustancial el ya clásico *canon* constitucional de vulneración de la tutela judicial efectiva: irracionalidad y arbitrariedad (de hecho falta el *error patente,* probablemente como consecuencia de que en la redacción del precepto parecen confundirse los conceptos de error *de apreciación* de los medios de prueba y *error de valoración* de su resultado). Si la remisión al régimen general de tutela de los derechos fundamentales ya abarca estos supuestos, ¿qué sentido tiene esta *descripción sui generis* del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, como si se tratara de algo apartemente distinto? Solo dos respuestas parecen plausibles: o bien se trata simplemente de un acto de prestidigitación que tan solo persigue dejar constancia escrita de que la acusación puede apelar por *error en la valoración de la prueba* para tranquilizar a un —no pequeño— sector de juristas teóricos y prácticos de nuestro país que, invocando razones de justicia material, rechazan las *sutilezas* derivadas de la asimetría de los derechos de las partes en esta fase del proceso, o bien, por el contrario, se trata de ampliar *efectivamente* el —relativamente estrecho— margen que ofrece la invocación de derechos fundamentales para anular una sentencia que los vulnere. En otras palabras: es posible que las normas que se han transcrito pretendan en realidad, por la vía de la "simple" *insuficiencia* de motivación o el apartamiento (*¿manifiesto?)* de las máximas de experiencia, abrir el portillo a un debate sobre la *calidad* del razonamiento de la prueba que conduzca al Tribunal *ad quem* a *corregir* la apreciación y valoración efectuadas por el órgano de instancia y, en consecuencia, *dar la vuelta,* así, *in peius,* a la sentencia dictada por este último. Dado que, también a diferencia del Anteproyecto de 2011 (art. 637), la Propuesta no regula el contenido de la propia sentencia, la duda se deja abierta a una incierta exégesis, que la tradición escoraría muy probablemente hacia la concepción de la apelación como un *medio de gravamen*[48] absolutamente expedito —para acusación y defensa— a cualquier clase de *queja* frente a la resolución de instancia. En manifiesta contradicción, conviene insistir, con la lógica garantista derivada del principio de presunción de inocencia y el de —verdadera— igualdad de armas.

b) La posición procesal de las partes en la segunda instancia

La configuración de la segunda instancia ofrece otro frente de problemas que también surgen de la posición asimétrica de las partes derivada de sus diferentes situaciones jurídicas sustantivas, es decir, de la diferente gama de derechos de los que son titulares. A partir de la ya mencionada STC 167/2002, de 18 de septiembre, cuyo comentario en profundidad excedería con mucho la dimensión razonable de este trabajo[49], se multiplicaron las dudas y las propuestas de solución a las dificultades que, a la luz de esa jurisprudencia constitucional, planteaba la práctica de la prueba en la segunda instancia.

Como es sabido, en síntesis la cuestión era que, tal y como el TC leía la jurisprudencia del TEDH, en palabras de la propia STC 167/2002 *"en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción"*. Es decir que para que el órgano de apelación pudiera realizar una valoración de la prueba diferente de la llevada a cabo por el tribunal *a quo* (lo que por regla general ocurrirá

siempre que se trate de modificar *in peuis* los hechos probados) con el resultado de condenar a un acusado que había sido absuelto en la sentencia recurrida, si dicha valoración concernía a pruebas personales era necesaria la inmediación propia de esas pruebas. En suma, que para modificar la valoración de una prueba el Tribunal *ad quem* tiene que practicarla por sí mismo en las condiciones que son propias del régimen jurídico de esa prueba.

Esto no planteaba problemas en relación con la prueba documental, y se entendió que tampoco en aquellos supuestos —prueba de indicios— en los que no se modificaban los hechos probados propiamente dichos (los *hechos base*), sino las inferencias probatorias llevadas a cabo por el tribunal a partir de esos datos fácticos. Por el contrario, las pruebas que requieren la inmediación personal sí presentaban un obstáculo serio, porque la legislación procesal vigente en España no permite en ningún caso "repetir" pruebas válidamente practicadas (para valorarlas de otro modo), sino que únicamente contempla la práctica en sede de apelación de aquellas pruebas que no fueron practicadas válidamente en la instancia, porque no se pudieron proponer o, propuestas, no fueron practicadas por razones ajenas a la voluntad del que las propuso (vid. art. 790.3 LECrim.). De este modo, quedaban dos opciones: o "inventar" un trámite alegal (o ilegal, *contra reo*) de proposición y práctica de la prueba en la segunda instancia, o aceptar que mientras la legislación vigente no permita proponer y practicar esa prueba, simplemente no será posible recurrir —o estimar los recursos, tanto da— contra una sentencia absolutoria alegando error en la valoración de la prueba, cuando se trate de prueba "personal" que requiera de inmediación.

Esos eran los términos del debate, que incluyó como se ha dicho alguna que otra ocurrencia como la de que el Tribunal de apelación podría tal vez (así se llegó a prever en el proyecto de ley de reforma de la doble instancia y la casación que decayó al final de la VII Legislatura[50]) apreciar directamente la prueba practicada en la primera instancia mediante el visionado de la grabación del juicio. Se olvidaba, naturalmente, que la inmediación implica por esencia la *interacción* con el tribunal, es decir, la percepción directa y personal de la declaración y la posibilidad de obtener aclaraciones o ampliaciones a sus respuestas. En otro caso, el —nada infrecuente— defecto de valoración de una prueba que precisamente procede de su defectuosa práctica, sería imposible de corregir cuando es justo de lo que se trata. Aparte de que la percepción a través de una grabación de la vista pública es, como bien saben los que han contemplado alguna, algo ciertamente distante de lo que podemos entender, aun con un espíritu muy flexible, por "inmediata". Algún magistrado del Tribunal Supremo ha llegado a decir muy gráficamente, en relación con ese procedimiento, que desde luego no es lo mismo estar en la playa que ver una película de la playa. Este criterio contrario a la idoneidad del visionado de la grabación terminó siendo contundentemente confirmado por la STC 120/2009, de 18 de mayo[51].

En paralelo, algunas resoluciones de tribunales de apelación incurrían en un auténtico despropósito jurídico al afirmar que, puesto que no es posible basar una condena en segunda instancia en la apreciación de la prueba personal que no se puede practicar en ella con inmediación, no lo será tampoco hacerlo a favor del reo, de modo que en estos casos no se pueden revisar los hechos declarados probados en la instancia ni siquiera para comprobar si el juez *a quo* había vulnerado el principio de presunción de inocencia. Es un excelente ejemplo de confusión y desorientación en el terreno de las garantías que rigen el proceso penal, quizá precisamente debido al influjo de una visión inquisitiva y expansiva de la "igualdad de armas", que hace olvidar que un proceso regido por la presunción de inocencia exige un diferente tratamiento procesal de las distintas posiciones de las partes: desde esta perspectiva está claro que la exigencia de inmediación de la prueba para condenar a una persona a la que se presume inocente no tiene por qué

extenderse a la decisión de absolver a quien, con vulneración de esa presunción, fue condenado en virtud de una apreciación o valoración de la prueba errónea, cuando ese error puede comprobarse sin mayor dificultad mediante la mera lectura de la propia sentencia, del acta del juicio, o del visionado de la grabación audiovisual —por defectuosa que sea— del mismo.

En cualquier caso las propuestas más o menos afortunadas de solución acabaron topando con un nuevo e imprevisto problema, y es que el TEDH no decía en realidad lo que el TC *decía que decía*, razón por la que la doctrina iniciada por este último en el año 2002 acabó estrellándose con la jurisprudencia de Estrasburgo en la STEDH de 19 de marzo de 2009 *Igual Coll c. España.* En ella acabó quedando —o empezó a quedar— claro que la cuestión de la "equidad" del proceso (art. 6 CEDH) no se centraba en el principio de inmediación en la práctica de la prueba, como había venido entendiendo —mal— el TC español, sino en el de contradicción, y más concretamente, en el derecho del acusado a ser oído (y por tanto a estar personalmente presente) siempre que el Tribunal de apelación tenga que decidir sobre su culpabilidad o inocencia a partir de la valoración de hechos, y no de la mera revisión de la calificación jurídica de los mismos efectuada en la primera instancia.

La sentencia *Igual Coll* comienza recordando que "*el Tribunal ha declarado que, cuando un órgano de apelación ha de conocer de un asunto en cuanto a los hechos y al derecho, y debe estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que sostiene que no ha cometido el acto considerado como infracción penal (…). En el caso concreto, el Tribunal observa de entrada que el demandante ha sido condenado por la Audiencia Provincial de Valencia sin haber sido oído en persona".* Aplicando esa doctrina al caso concreto, observa el Tribunal que *"la Audiencia Provincial no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho que la del juez a quo, en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos declarados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En consecuencia, la jurisdicción de apelación ha conocido del asunto en cuanto a los hechos y al derecho"*[52]. En esas circunstancias, *"la extensión del examen efectuado por la Audiencia en este caso lleva al Tribunal a considerar que habría sido indispensable la celebración de una audiencia pública"*

Resulta por tanto que una escasa atención a la expresión "*presentados en persona"* estaba en el origen del craso error interpretativo en el que había incurrido desde 2002 el Tribunal Constitucional. Y la idea de que *"ha sido condenado (…) sin ser oído"* encierra sin duda la clave para entender el verdadero sentido de la doctrina del TEDH. El problema no era, como se ha visto, la *inmediación* en la práctica de la prueba, sino la *contradicción* como garantía de la igualdad de armas a favor del acusado.

Asumida por el Tribunal Constitucional esta doctrina a partir de la STC 184/2009, de 7 de septiembre, primero en el ámbito del derecho de defensa y más tarde (desde la STC 88/2013, de 12 de abril) en el marco del *derecho al proceso con todas las garantías*[53], el problema vuelve a sus orígenes, y aun se complica más, puesto que si el cauce para la proposición y práctica de la prueba en segunda instancia es estrecho en la ley vigente, la idea de la presencia del acusado e incluso de que este "sea oído en persona" en toda apelación (y no digamos en la casación) en que se ventile su culpabilidad o inocencia por motivos no estrictamente vinculadas a la interpretación o aplicación del Derecho, resulta directamente insólita para la tradición jurídica española.

Sin embargo, esta proyección extrema (para nuestros hábitos patrios) de la igualdad de armas sobre el juicio de apelación/casación, y toda la complicadísima problemática que de ella deriva pueden atajarse, y así pretendía

hacerlo el Anteproyecto de 2011 con solo dos artículos.

El primero, que ya se ha examinado, era el 625, que impide la apelación *in peius* por motivos distintos de la infracción de ley.

El segundo era el art. 635, que dice así:

Art. 635. Prueba
1. Sólo podrá practicarse prueba en apelación a instancia del condenado.
2. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de diligencias de prueba cuando al interponer el recurso haya alegado la existencia de hechos relevantes para la decisión.
3. También podrá solicitar la práctica de diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia por ignorar la existencia del medio probatorio, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no hayan sido practicadas por causas que no le sean imputables.
4. En este supuesto, podrán las partes al impugnar el recurso proponer los medios de prueba que les interese hacer valer para el caso de que fuese admitida la prueba del recurrente.
5. Asimismo podrá la parte apelada solicitar al tribunal de apelación la repetición de la prueba practicada en primera instancia si se practican en apelación nuevos medios de prueba, al objeto de que el tribunal de apelación pueda valorar la prueba en su conjunto.
La repetición podrá sustituirse por la lectura del acta o el visionado de la grabación, si todas las partes se muestran conformes.

Aparte de destacar la cuidadosa recuperación de la igualdad de armas a favor de la acusación en el momento en que se abre —en este caso por iniciativa del condenado— un trámite contradictorio al que se refiere el apartado 5 de este artículo, conviene aclarar, para evitar la errónea impresión de contraste con lo que más arriba se dijo acerca del visionado de las grabaciones, que la referencia en ese mismo apartado a la sustitución de la repetición de la prueba por la lectura del acta o la reproducción del vídeo de la vista oral se enmarca en unas coordenadas que sí permiten aceptar ese procedimiento sin objeciones: a) tal y como está redactada la norma, esa posibilidad es potestativa —"podrá"— incluso concurriendo el acuerdo de las partes, por lo que el tribunal deberá valorar inexcusablemente si en efecto ese modo de introducir la prueba en el debate garantiza una suficiente calidad de la inmediación y la contradicción; b) también en todo caso hay, precisamente, "debate", es decir, que se está planteando esa prueba como "contraprueba", con el fin de que el tribunal la valore conjuntamente con otra, la que es nueva, que sí va a ser efectivamente sometida a la inmediación del órgano judicial, en condiciones de contradicción de las partes, y c) por último —es lo decisivo— el acusado absuelto puede oponerse eficazmente, puesto que hace falta el acuerdo de "todas las partes", a que la prueba que le puede ser desfavorable se introduzca en la segunda instancia de ese modo. Con lo cual su derecho queda plenamente garantizado, aunque si lo estima oportuno pueda renunciar a su ejercicio.

De todos modos, cuanto se ha expuesto es el compendio de un conjunto de normas instrumentales de buscan ajustar la segunda instancia a las exigencias de un proceso garantista. Sin embargo, la verdadera clave se halla en la declaración tajante que recoge el último párrafo del artículo 636.1: *"En ningún caso podrá el tribunal resolver en perjuicio del acusado sin haberle citado para ser oído personalmente en una vista"*. Esa es la esencia de una segunda instancia regida por los principios de contradicción e igualdad de armas. Y ese es el auténtico sentido —que tantos años costó comprender— de la jurisprudencia del TEDH.

La Propuesta de 2013 se mueve, una vez más, en parámetros distintos: el artículo 596 permite practicar prueba en la apelación no solo a instancia del condenado, sino también del acusador público, lo que contribuye a incrementar la sospecha de que el ya comentado artículo 592.2 pretende configurar una apelación a favor de las acusaciones que va más allá de la estricta impugnación por lesión de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, lo más llamativo es que su texto, aquí directamente tributario de la vigente LECrim., no permite proponer y practicar en la segunda instancia más pruebas que las no disponibles en la primera, las indebidamente denegadas y las no practicadas por causas ajenas a la voluntad del apelante, con lo que paradójicamente reproduce en sus exactos términos el problema que plantea la legislación actual, al cerrar la puerta, en contra de sus propios enunciados, a una apelación verdaderamente basada en la *valoración* de la prueba, contemplando tan solo tres supuestos de posible vulneración del derecho fundamental a valerse de las pruebas pertinentes para la defensa que como se ha visto es reconducible a la vía de *impugnación* por infracción de las garantías del proceso (en cambio, *vid.* art. 635.2 —y distíngase del 635.3— del Anteproyecto de 2011, más arriba reproducido, en el que no se contempla restricción probatoria alguna cuando se trate, precisamente, de rebatir los *hechos declarados probados*).

De igual manera, la enumeración de los casos en los que procede la celebración de vista (art. 597) denota una percepción desactualizada o mal traducida de la doctrina que se acaba de exponer, en cuanto su convocatoria es preceptiva únicamente en los supuestos en que haya de *practicarse prueba* (que no es lo mismo que la posibilidad de volver a valorar la practicada en primera instancia[54]) o *"se tratase de un recurso por infracción de Ley material interpuesto por cualquiera de las acusaciones"*. El tercer supuesto —"*que el Tribunal lo estime útil o necesario para una correcta decisión*"— es meramente facultativo, de manera que tampoco garantiza, como es obvio, que el acusado *sea oído siempre* que el órgano de apelación *efectúe una nueva valoración de los hechos considerados probados en la instancia y los reconsidere*[55].

A la luz de todo ello no parece descabellado concluir que, partiendo de la jurisprudencia del TEDH, entre las posibles alternativas examinadas la solución consistente en impedir que la acusación pueda apelar una sentencia absolutoria por una mera discrepancia en la valoración de los hechos es la menos mala en todos los sentidos. No solo porque se ajusta mejor a las exigencias de preservación de los derechos fundamentales vinculados a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también porque, en demérito de las visiones más alarmistas, la contrapartida —calculada en términos de *impunidad*— es mínima comparada con su *coste procesal*. Piénsese que organizar todo el complejísimo sistema de alegaciones, audiencia del acusado y prueba en apelación e incluso en casación, incluyendo el riesgo de desactivación de la primera instancia en la línea de lo sucedido en Alemania, tendría una utilidad muy escasa. Cualquier profesional práctico del Derecho Penal sabe que en la gran mayoría —por no decir la totalidad— de los pocos supuestos en que la acusación (al menos la acusación pública) recurre una sentencia absolutoria por error en la apreciación o valoración de la prueba, la discrepancia con el razonamiento judicial se presenta en términos claramente reconducibles al terreno de la impugnación por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva: se alega un *error manifiesto y grave* de apreciación por parte del juez, o el desarrollo por éste de una exposición irracional en su planteamiento o arbitraria en sus conclusiones.

Cierto es que, paradójicamente, ese hábito no trae causa de un gran apego a las garantías propias del proceso acusatorio, sino más bien de lo contrario. El fiscal ha venido ajustándose por tradición a cierta práctica de *self restraint* en este terreno como consecuencia de una doctrina que durante décadas han venido sosteniendo, de manera casi unánime, las Audiencias Provinciales, según la cual el juez de instancia es "soberano" para valorar los hechos, invocando precisamente el principio de inmediación[56]. Como se acaba de aventurar, esta doctrina probablemente no tienen nada que ver con las garantías del proceso moderno (bien lejanas de los orígenes de esa práctica judicial), sino más bien con la atribución —inquisitiva— al juez carismáticamente independiente, en régimen de rigurosa exclusiva, de la potestad de *descubridor y depositario de la*

verdad. El empleo frecuente del término "soberanía" para describir esa facultad de apreciar y valorar la prueba cobra en ese contexto un sentido nítido, por más que, en el marco de un Estado democrático de Derecho, pueda producir cierto escalofrío. Pero lo cierto es que esta concepción de la función valorativa del juez *a quo* se ha ido revistiendo después de argumentos constitucionales[57], de modo que, sin duda por un cauce bien distinto, la tradición inquisitiva más rancia ha acabado desembocando curiosamente en un lugar muy próximo al que exige un proceso garantista.

Pues bien, descartada la mera "discrepancia de opiniones", la práctica totalidad de esos otros supuestos de "error" en la valoración de la prueba tiene encaje en la apelación por infracción de la ley procesal que, en el modelo del Anteproyecto, se regulaba en el art. 628, y la Propuesta de 2013 recoge, como se ha indicado, en el art. 589.a).

La consecuencia en ningún caso es, por tanto, que no se puedan impugnar los fallos absolutorios (mito igualmente falso en relación con los ordenamientos anglosajones, y en particular el norteamericano, que sin embargo circula con profusión) sino que ese recurso esté organizado de manera que nunca pueda dar lugar a la condena en segunda instancia de un ciudadano que ha sido previamente absuelto (privándole así de la posibilidad de revisión de ese fallo condenatorio), cuando esa condena no se debe a razones de estricta aplicación del derecho, sino a una diferente valoración de los hechos, en la medida, además, en que esa diferente valoración no se deba a una simple divergencia de opiniones o criterios valorativos, sino a que quien estaba llamado por la ley a hacerla (el juez de la instancia) ha infringido las reglas del juicio, establecidas con el fin de tutelar los derechos fundamentales de las partes.

En esos términos es muy escaso el precio que el sistema tiene que pagar, en "eficacia" del *ius puniendi*, por la solución satisfactoria de uno de los problemas que —junto al de la dirección de la investigación por el fiscal— parece emponzoñar cualquier intento de adaptación del proceso penal español a las exigencias del CEDH y la Constitución.

3. CONCLUSIONES

El peso de la tradición inquisitiva en el sistema procesal penal español, en un contexto histórico de restricción de las libertades como el imperante durante la mayor parte del siglo XX en nuestro país, no solo impidió un adecuado desenvolvimiento del modelo de transición diseñado por Alonso Martínez, sino que en muchos aspectos supuso la paralización y el enquistamiento, cuando no el retroceso, de los avances que incorporaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. El proceso democratizador que cristalizó en la Constitución de 1978, centrado en otras prioridades, no ha sido capaz de alumbrar, a lo largo de más de tres décadas, un modelo procesal penal que responda, en sus bases y en su estructura, a las exigencias que derivan de los valores y los derechos fundamentales que la propia Constitución proclama. Las innumerables reformas parciales que se han llevado a cabo al hilo de determinados acontecimientos o en busca de ciertos objetivos políticos circunstanciales no solo no dan respuesta a ese reto constitucional, sino que en algunos casos han generado distorsiones y confusión en el funcionamiento de un sistema ya de por sí obsoleto y ajeno, en muchos aspectos, a los mínimos básicos de organización de un proceso penal democrático que perfila el CEDH.

La solución a esos problemas no es la simple promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal concebida como una mera operación estética *modernizadora*, sino la concepción de un nuevo modelo procesal que se ajuste a esos valores constitucionales y democráticos; y eso incluye nuevas perspectivas de análisis y cierto cambio de mentalidad.

Un ejemplo de esa necesidad de cambio es el tratamiento del principio de "igualdad

de armas", que en el fondo remite a la naturaleza global y la función del proceso penal. El salto de un modelo inquisitivo organizado en torno a la concepción católico-medieval de la "búsqueda de la verdad material" hacia un sistema basado en la presunción de inocencia entendida como origen y compendio de las garantías propias de un "proceso equitativo", exige un replanteamiento del concepto mismo de igualdad de las partes. Las partes en el proceso penal —acusación y defensa— no son, en nuestro régimen de libertades, titulares de los mismos derechos, sino que toda la estructura del sistema ha de pivotar sobre la presunción de inocencia del imputado/acusado. Por tanto, la idea de igualdad tal y como la ha definido nuestro Tribunal Constitucional impide organizar el proceso como un diálogo constante entablado desde posiciones exactamente simétricas y miméticas (a modo de partido de *ping-pong* donde además el árbitro también juega), en el que ambas partes cuenten, en cada momento y con independencia del sentido y el objeto de cada trámite, con las mismas posibilidades y cargas. Al contrario, la configuración de un proceso penal "equitativo en su conjunto", como lo describe el TEDH, requiere equilibrar las posiciones de las partes para evitar que el tratamiento igual de las situaciones desiguales se traduzca en la evidente discriminación del más débil.

En este punto conviene aclarar, de todos modos, que el mínimo exigible en un proceso basado en la presunción de inocencia es que el acusado cuente con las mismas posibilidades que el acusador, pero no hay un derecho fundamental de la acusación que determine una regla simétrica a su favor. Por tanto, el equilibrio del proceso se satisface en la medida en que el acusado tenga la posibilidad efectiva de alegar y demostrar que la tesis de la acusación no está acreditada más allá de toda duda razonable. Pero no tiene obligación de hacer ese esfuerzo. Es la acusación, por el contrario, quien asume la obligación positiva de probar la culpabilidad en estos términos. De ahí que las "armas" de las que ambas partes disponen no tengan las mismas características: por decirlo gráficamente, la acusación necesita armas "ofensivas", mientras que la defensa solo precisa —aunque pueda disponer de otras— armas "defensivas". Pero éstas deben ser objetivamente idóneas para neutralizar a aquéllas, cuando hay causa razonable para que así sea (y así ha de poder apreciarlo un árbitro imparcial).

Para ello, el Legislador debe configurar el procedimiento atendiendo a la naturaleza de cada fase y cada trámite, de forma que en cada uno de esos momentos se satisfaga la tutela de los derechos de las partes al mismo tiempo que el proceso cumple su función, que no es otra que decidir si un sujeto ha de responder penalmente por una conducta que se le atribuye. En atención a ese doble objetivo, el equilibrio entre las posiciones de acusación y defensa presenta una faz asimétrica. Por ejemplo, en determinadas fases del procedimiento tiene que articularse de manera secuencial, logrando que la ventaja interina que ha de concederse a una de las partes (las diversas prerrogativas unilaterales de las que disfruta la acusación en la fase investigación, por ejemplo, para que el legítimo ejercicio de la acción penal pueda hacerse posible), se compense después con la ventaja de la parte contraria (el derecho a que se practiquen, en contra del criterio del Fiscal, las diligencias de su interés que sean determinantes para abrir el juicio o para el fallo, el derecho a guardar silencio, el derecho a no revelar la estrategia de defensa renunciando al juicio de acusación, el derecho a no ser interrogado en el plenario, o el derecho a que se revise siempre y sin restricción de motivos el fallo condenatorio, etc.).

En otros momentos, sin embargo, el equilibrio del proceso "equitativo" se hace visible en la plena y simultánea igualdad de oportunidades de acusación y defensa. Ese es el escenario en que entra en juego la "igualdad de armas" en sentido clásico. Se trata del mecanismo instrumental —pero esencial— que rige, precisamente, aquellos hitos del proceso en que, por la naturaleza de la decisión que ha de tomarse, es necesario que las partes puedan presentar sus pretensiones a un tercero (un juez verdadera-

mente imparcial en tanto que independiente de las tesis de ambas) desde posiciones —aquí sí— escrupulosamente equidistantes, de modo que la decisión judicial no quede *a priori* condicionada por la preeminencia de los derechos de la acusación o la defensa, aunque obviamente el respeto de esos derechos sí deba condicionar el resultado de ese debate entre iguales, es decir, la resolución que se adopte. Así, igualdad de armas y contradicción aparecen estrechamente unidas, y se convierten en la regla de funcionamiento, como mínimo, de aquellos momentos del proceso en que hay que decidir un cambio sustancial de estatus del investigado o acusado.

En el presente trabajo se han examinado, acudiendo para ello al texto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, algunos ejemplos de cómo podría funcionar ese modelo de configuración basado, por una parte, en el equilibrio secuencial de las posibilidades y cargas de acusación y defensa, y por otra parte en la recuperación del estatus de estricta igualdad formal ante el juez cuando éste ha de adoptar, desde su imparcialidad, decisiones que afectan decisivamente a la posición procesal del acusado, en la medida en que van restringiendo progresivamente el juego de la presunción de inocencia hasta desembocar en un juicio oral del que podrá resultar una sentencia condenatoria. Y más allá, se ha visto cómo incluso producida la condena, el principio de presunción de inocencia y las garantías que derivan de él desplazan también el alcance de la noción clásica de "igualdad de armas" en favor de un régimen de "equidad" del proceso que se traduce en que las vías de acceso al recurso de apelación son distintas para la acusación y la defensa, y su posición y necesidad de intervención en la segunda instancia, también.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto cómo la posterior Propuesta de Anteproyecto de Código Procesal penal de 2013 presenta aspectos reveladores de un significativo retroceso en el tratamiento de esos principios, preocupante en la medida en que la consolidación normativa de algunas de las ideas que parecen inspirarlo podría volver a anquilosar durante décadas el modelo de proceso penal español, perpetuando un sistema de bases y hábitos netamente inquisitivos en contra de la historia —incluido el mensaje que nos legó en su famosa exposición de motivos el propio Alonso Martínez— y de los principios que en el plano internacional inspiran hoy la homogeneización global de la Justicia. El abandono de ese proyecto puede generar alivio, pero también implica la mala noticia de un nuevo aplazamiento *sine die*.

La conclusión es que un modelo como el que diseñaba el Anteproyecto de 2011, que evidentemente puede materializarse —o incluso mejorarse— a través de otras opciones técnicas concretas, responde mucho más adecuadamente a los valores constitucionales que el vigente en la actualidad y que su *recomposición estética* intentada en la Propuesta de 2013, y permitiría ofrecer soluciones factibles a los serios problemas que, en algunos ámbitos, presenta el sistema procesal español en materia de tutela efectiva de los derechos fundamentales en el proceso penal, como de vez en cuando ha venido advirtiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

NOTAS

1. Aunque podrían ponerse decenas de ejemplos, por su contundencia expresiva cabe citar la Introducción (pp. 17 a 43) de los catedráticos Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac a la obra colectiva *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2. "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave". César de Beccaría: De los delitos y las penas, cap. 27.

3. Expresión textual de la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012. Pero hay multitud de ejemplos análogos.

4. El *Balance de la criminalidad 2013* del Ministerio del Interior (accesible en http://www.interior.gob.es), tras afirmar que *"España es un país seguro"* ofrece cifras estadísticas oficiales de quince países de la Unión Europea que reflejan, a partir de datos de EUROSTAT, que la tasa de criminalidad en nuestro país (46,1 infracciones por cada 1.000 habitantes) está solo por encima de la de Italia (43,4), Portugal (39,7) y Grecia 29,5) muy por debajo de la media de los quince (62,8) y de países como Suecia (146,7), Bélgica (96,6), Reino Unido (73,8) o Alemania (72.5). Si se atiende específicamente a los homicidios, los datos son más significativos: España ocupa el último lugar, con solo un 0,6 por mil, frente a la media de 1,00. Según la misma fuente, la evolución desde hace diez años ha sido descendente, pero las cifras ya entonces eran reducidas: en 2002, año en que se registró la cifra más alta de la década, el número de infracciones por 10.000 habitantes ya era de 52,2.

5. Así ocurrió, por ejemplo, con los juicios rápidos, concebidos para "descargar" la maquinaria judicial anticipando una sentencia condenatoria sin reparar excesivamente en los problemas de su ejecución, y menos aún en el de las garantías del imputado-acusado-condenado (todo en uno). Al respecto, CRESPO BARQUERO, P. : *"El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el juzgado de guardia de duración superior a veinticuatro horas"*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Madrid, 2003.

6. *Vid.* FENECH NAVARRO, M.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Agesa, León, 1980, p. 53.

7. Calderón de la Barca, P. *El Alcalde de Zalamea.* Jornada III.

8. Auto de 18 de junio de 1992, en el denominado *caso Naseiro.*

9. STC 145/2014, de 22 de septiembre.

10. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial.* Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Tomo I, p. 739 y ss.

11. El artículo 20 de la Constitución mexicana, por citar un caso en que esa posición ha llegado a cristalizar nada menos que a nivel constitucional, dice: "*El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen".* El orden de enumeración de los objetivos, y la mención explícita a que "el culpable no quede impune" reflejan claramente esa concepción básicamente *funcional* orientada al *descubrimiento de la verdad,* con un mero *complemento garantista* ("proteger al inocente"), del proceso penal. Recuerda bastante a la definición del sumario que da el art. 299 de la vigente LECrim. española, agregándole quizá su mítico —y pobremente aplicado- artículo 2.
Por otra parte hay que advertir que la percepción de del binomio *eficiencia-garantías* en los modelos inquisitivo y acusatorio puede presentar aparentes paradojas según el punto de vista desde el que se aborde, al menos si no se repara en el significado ambivalente de algunos conceptos. Por ejemplo, en BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, puede leerse: *"no es que el sistema acusatorio fuera garantizador y el sistema inquisitivo fuera eficiente. Ambos, a su modo, eran una síntesis de esas dos fuerzas. No obstante, los sistemas acusatorios resolvían esa síntesis de un modo que protegía mejor a los individuos y su dignidad y el sistema inquisitivo lograba una mayor eficiencia con mengua del respeto a la libertad y dignidad de las personas".* Para comprender que, pese a que parece lo contrario, ese análisis no es muy distinto del que ofrece Gómez Colomer en el texto que se ha transcrito, hay que tener presente que la "eficiencia" a la que se refiere Binder no es la que antepone la solución del conflicto a la búsqueda de la verdad, sino la que prioriza el objetivo de condenar al acusado precisamente declarando probada una "verdad" aunque sea a costa —o gracias a la restricción— de las posibilidades de defensa de aquél, que en efecto es lo característico del paradigma *inquisitivo.*

12. VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. 2ª Edición.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. P. 871 y ss.

13. La perspectiva garantista del proceso penal no es ni novedosa ni original a estas alturas en la doctrina procesalista española. La decisiva e icónica aportación de Luigi FERRAJOLI (*vid.* bibliografía complementaria) y su potente impacto en un sector importante de la academia y también del foro, constituyen razones inexcusables para la lectura atenta de su obra; pero quizá existan también motivos para una *relectura* no necesariamente conducente a las conclusiones obtenidas por algunos de los mejores conocedores y más fieles seguidores del pensamiento del maestro

italiano respecto de algunos aspectos concretos de la configuración y el funcionamiento del sistema judicial español. La resistencia a la evolución de nuestro modelo *judicialista inquisitivo* hacia el paradigma acusatorio cuenta con aportaciones (vid. *infra,* nota 24) como la de ANDRÉS IBÁÑEZ, traductor y pionero de la —sin duda meritoria— proyección judicial de la obra de Ferrajoli en España, básicamente cimentadas en la desconfianza que, en ese plano de las garantías procesales, suscita la figura *no independiente* del fiscal. Pero si, como se sugerirá a lo largo de estas páginas, no se trata de sustituir jueces por fiscales en esa función "instructora" inquisitiva, sino de eliminar ésta reordenando por completo la actividad de juez y partes, quizá el objetivo fundamental no sea la independencia —sí la objetividad— del fiscal, sino la verdadera imparcialidad del juez que, reubicado en su debida posición de árbitro, pase de ser el *autohomologador* jurídico de su propia función *policial* a controlar —entre otras cosas- la legalidad de lo que hacen los acusadores (y no al revés, como propone el vigente artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De ahí la posible conveniencia de esa *relectura,* que por evidentes razones queda fuera del alcance —y de la modesta finalidad— de este trabajo.

14. FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas,* GEDISA, Barcelona, 1980, pp. 82-83.

15. VIADA BARDAJÍ, Salvador: *Los fines del proceso penal.* La Ley Penal, nº 75. Sección Estudios (La Ley 12919/2010), Ed. La Ley, 2010.

16. Para hacerse una idea de hasta qué punto ha lastrado nuestra tradición jurídica el tópico de que la prueba, fuente de "la verdad", es patrimonio exclusivo de un "Juez independiente" que la aprecia "en conciencia", basta leer con atención el voto particular del magistrado Escudero del Corral a la pionera STC 31/1981, de 28 de julio.

17. Esto no quiere decir que las reglas de juego acerca de quién debe probar qué y cómo debe hacerlo sean ciertas e inmutables. Señala Fletcher, en su intento de revisión del sistema norteamericano desde una perspectiva sistemática europea: *"Generalmente se dice que es la acusación la que debe probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. pero, ¿qué se entiende por culpabilidad? ¿Incluye este concepto todos los elementos que determinan la responsabilidad o sólo los elementos del delito? La respuesta de los jueces del Common Law era muy restrictiva; para ellos la culpabilidad se refería sólo a la constatación de los elementos del delito, considerando, por tanto, que las eximentes no tenían nada que ver con este problema. Esta es la forma en la que los jueces y teóricos el Derecho penal exponían la estructura del delito en el siglo XIX. y justamente en base a esa estructura son muchos los jueces de los países del Common Law que todavía hoy consideran que corresponde a la defensa probar cuestiones como la legítima defensa o la enajenación mental del acusado. Sin embargo, en la tradición jurídica europea occidental, los tribunales son más propensos a interpretar el concepto de culpabilidad en un sentido amplio incluyendo en él todos los problemas sustantivos que tienen que ver con la responsabilidad. Una vez alcanzada esta posición, como sucedió con claridad en Alemania, la distinción entre elementos del delito y eximentes desaparece del vocabulario de los penalistas"* (FLETCHER, George: *Conceptos básicos de Derecho Penal.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pag. 147).

18. MONTAÑÉS PARDO, M.A, y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *La presunción de inocencia.* Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario. Ed. Wolters Kluvwer, Madrid, 2008. P. 686.

19. STC 81/1998 de 2 de abril, FJ 3.

20. Sobre los problemas de entendimiento del concepto de independencia judicial en España y la legitimidad del poder del juez resulta especialmente lúcido JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *Un poder efectivo y visible. El de los jueces del estado constitucional de nuestro tiempo*. En *La sociedad, teoría e investigación empírica: estudios en homenaje a José Jiménez Blanco.* Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2002. P. 409 y ss.

21. STEDH de 28 de octubre de 1998, *Castillo Algar c. España;* STEDH de 6 de febrero de 2010, *Vera Fernández-Huidobro c. España*

22. El desarrollo argumental de esta afirmación se alejaría demasiado de la línea troncal de este trabajo. Pero si se observa que el artículo 124 de la Constitución fija como objetivos materiales de la acción del Fiscal la satisfacción del interés social y la defensa del interés público tutelado por la ley, parece obvio que esa misión incluye la necesidad de concretar previamente los conceptos de *interés social* e *interés público*; tarea de obvia e inequívoca naturaleza política que en un Estado de Derecho exige una fuente clara de legitimación democrática. El problema de la legitimación democrática del Ministerio Fiscal español tiene mucho que ver, seguramente, con las circunstancias del momento constituyente. El 1978 la idea de un Fiscal vinculado al Ejecutivo arrastraba la imagen —y la realidad- insoslayable de una institución larga y estrechamente subordinada a gobiernos dictatoriales. Piénsese que el Estatuto del Ministerio Fiscal entonces vigente, de 1926, provenía de la dictadura de Primo de Rivera, y que la Ley Orgánica del Estado de 1967 de la que deriva el Reglamento de 1969 —¡hoy todavía formalmente en vigor!— había definido al Fiscal como

"órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales". Apartar al Fiscal del Gobierno era para un sector importante de los constituyentes una prioridad en ese singular contexto. Ese lastre histórico ha pesado enormemente en la evolución de la institución, y, es más, se ha convertido es uno de los obstáculos más importantes para la evolución del sistema procesal penal en su conjunto. Sobre esta cuestión, *vid.* CRESPO BARQUERO, Pedro: *La reforma orgánica del Ministerio Fiscal: la Fiscalía General del Estado. Relaciones institucionales y órganos centrales.* Formación continuada del Ministerio Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2014.

23. *Víd.* ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso.* La reforma del Proceso Penal. Ed. Tecnos, Madrid, 1990. P. 81 y ss. Como se sugirió más arriba, al mencionar el fenómeno de la recepción en España de la renovadora formulación garantista del proceso sobre todo a través de la obra de Ferrajoli, la visión *judicialista* —característicamente italiana- ya reflejada en la inserción constitucional del Fiscal en el ámbito del Poder Judicial (Título VI de la Constitución), ha pesado y pesa enormemente en la concepción del papel que puede y debe representar el Fiscal en el modelo procesal español.

24. Sobre esta materia es de lectura imprescindible la obra de MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril).* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. (Vid. también, *infra,* bibliografía complementaria)

25. *Cfr.* Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, de 30 de diciembre, sobre diligencias de investigación.

26. Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

27. En un contexto como ese sí tienen pleno sentido las reticencias que frente a la figura de un fiscal sujeto jerárquicamente formulan autores de tan dispar condición como ANDRÉS IBÁÑEZ (vid. supra, nota 24), DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ o DE LA OLIVA SANTOS (*vid.* bibliografía complementaria). Es más, realidad la objeción sería sostenible frente la figura misma del fiscal, con independencia de su régimen orgánico o funcional, porque se trata de un problema *interno* del proceso: no se puede ser juez y parte, escudo y espada, al mismo tiempo. Si eso vale para el juez, con mayor razón para las partes.

28. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *La jurisprudencia del TEDH sobre las garantías de la segunda instancia y su influencia sobre la apelación y la casación*. Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

29. Como es de sobra sabido, la negación de un pretendido derecho al trato igual de situaciones desiguales abona las más profundas raíces de la jurisprudencia relativa al art. 14 C.E., desde los orígenes del Tribunal Constitucional hasta nuestros días. *Vid.,* a título de ejemplo, SSTC 122/1984, de 14 de diciembre, y 19/2012, de 15 de febrero.

30. No es necesario explicar, tras lo que se ha dicho unas páginas más atrás acerca del concepto de imparcialidad judicial, que el escenario descrito en este punto exige el *acto de fe* al que se hacía referencia. Es evidente la dificultad conceptual y hasta ontológica, rayana en el cinismo léxico, que encierra el uso de los calificativos *independiente* y *externo* cuando se trata de aplicarlos al control de legalidad que un Juez pueda ejercer sobre *su propia decisión* de intervenir un teléfono o registrar un domicilio. Sobre todo si se tiene en cuenta que la valoración que en la práctica realiza sobre la solicitud de la policía se mueve en el más absoluto vacío legal: la policía no es parte legitimada en el proceso, no puede *instar* diligencias ni recurrir su denegación, de modo que ese acto de aprobación o rechazo solo puede ser examinado bajo la lente de la ley como una actuación *de oficio.* Este es uno de los ejemplos más patentes —no el único- de cómo el Juez de instrucción se erige en juez de sí mismo, conforme a la más pura ortodoxia inquisitiva.

31. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo
1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

32. Sobre la desafortunada traducción al castellano de esta expresión, *fair trial*, como "proceso equitativo", *vid.* CRESPO BARQUERO, P. : *Actualización de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derecho de defensa.* Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2006. No hay más remedio, sin embargo, que emplearla, porque España ha aceptado esa fórmula no solo en las traducciones oficiales de las sentencias del Tribunal, sino también en la versión castellana del propio texto del CEDH, donde fue introducida, precisamente en el *titulillo* de este artículo 6, mediante la reforma operada por el Protocolo nº 11, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994.

33. Acerca de esta materia, SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: *La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.

34. Barberá…, § 68; Schenk, § 46.

35. STS, Sala Segunda, 11 de septiembre de 2000, RC 801/99P

36. Un estudio comparativo detallado y completo del Anteproyecto de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal puede hallarse en LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: *El proceso penal como sistema de garantías.* Diario La Ley, núms. 8068, 8091, 8111 y 8121, mayo, junio y julio de 2013. El análisis elaborado por estos autores —que formaron parte del equipo redactor del Anteproyecto de 2011- nace del mismo esfuerzo que inspira la redacción de estas páginas, aunque con un alcance mucho más amplio: la revisión del proceso penal y de cada una de sus instituciones desde la perspectiva del papel nuclear, no complementario o accesorio, de los derechos y garantías fundamentales. Conviene advertir que su texto no solo ofrece un espléndido estudio de la materia, sino que, en lo que al presente trabajo concierne, constituye la fuente directa de la mayor parte de las apreciaciones que se realizan a continuación, por lo que procede recomendar vivamente su lectura completa, evitando de paso la incomodidad de una abrumadora reiteración de remisiones y citas.

37. Caducidad que, además, no sitúa su *dies a quo* en la formulación de cargos que abre paso a la investigación —y por tanto al ejercicio viable de derecho de defensa- como ocurría en el Anteproyecto de 2011, sino que se inicia en la génesis misma del procedimiento, al dictarse el Decreto de apertura inmediatamente subsiguiente a la mera recepción de la notitia criminis (arts. 127 y 242 dla Propuesta). Sobre las implicaciones de esta diferencia en el plano de las garantías de la investigación, *vid.* LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, La Ley, num 8091, *cit.,* p. 9.

38. Quizá se trate de un error material del texto, que en realidad se estaría refiriendo al decreto de *conclusión* del art. 422.

39. Art. 137 del Code de procédure pénale: "Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre".

40. La controvertida cuestión de la valoración del silencio del acusado tiene algunas páginas oscuras incluso en la reciente jurisprudencia del TEDH. Y sobre todo en su utilización para supuestos distintos de los contemplados en ellas. La STEDH de 8 de febrero de 1996 *John Murray c. Gran Bretaña,* pese a la absoluta excepcionalidad del supuesto a que se refiere y la singularidad de la solución que ofrece, es frecuentemente invocada por los tribunales españoles para hacer valer el silencio del acusado como prueba de cargo en casos que nada tienen que ver con esos presupuestos excepcionales.

41. El propósito de eludir el término *"imputado",* que también inspiró un cambio terminológico en el Anteproyecto de 2011 (que opta por la expresión "investigado" o "persona investigada"), lleva en el texto de 2013 al empleo de un concepto con resonancias algo arcaizantes y muy *judicialistas* (según el DRAE *encausar* es *formar causa a alguien, proceder contra él judicialmente*), lo que no deja de ser coherente con su concepción de la fase investigadora como una auténtica *instrucción*. Menos comprensible resulta, sin embargo, que se renuncie a la terminología usual y clásica para

designar al *acusado,* aun cuando solo sea para marcar una sustancial diferencia de estatus procesal. La identificación nominal entre ambas situaciones, más allá de una cuestión estética, podría interpretarse como síntoma —una vez más— de cierta falta de convicción acerca de los principios garantistas que supuestamente inspiran, según su exposición de motivos, la intención del texto.

42. *Víd.* los comentarios de Alcácer a la STS 670/212 de 19 de julio en su trabajo ya citado (*La jurisprudencia del TEDH sobre las garantías…)* y en la obra que se reseña en la nota siguiente.

43. Hay muchísimas publicaciones sobre esta tema, pero para un abordaje inicial son excepcionalmente esclarecedores, en la línea de entendimiento del problema que aquí se sostiene, el trabajo de Rafael ALCÁCER GUIRAO ya mencionado, y sobre todo su obra posterior *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías,* Tirant lo Blanch, 2013; así como la aportaciones de LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Fundamento y límites de la segunda instancia penal (a propósito del control de los hechos en el juicio de apelación).* Madrid, 2009, siendo de especial interés la bibliografía básica que cita; y, asimismo, PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal.* La Ley. Año XXVII. Número 6566. 9 de octubre de 2006. Y de la misma autora, *Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados*, Revista del Poder Judicial, nº especial XIX, 2006.

44. *Vid.* entre otras muchísimas, SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 63/1993, de 1 de marzo; 148/1994, de 12 de mayo; 244/1994, de 15 de septiembre; 81/1998, de 2 de abril; 96/2000, de 10 de abril; 57/2002, de 11 de marzo; 213/2002, de 11 de noviembre; 26/2006, de 30 de enero; 180/2006, de 19 de junio, etc.

45. Es art. 14.7 PIDCP dice textualmente que "*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto* ***por una sentencia firme*** *de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país",* y toda sentencia recurrible, por esencia, no es firme.

46. Artículo 2.

Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

47. PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma…* (cit.)

48. Sobre la distinción conceptual entre *impugnación* y *medio de gravamen, vid.* GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal.* 3ª edición. Colex, 1999. Pág 725 y ss.

49. Cabe remitir de nuevo a los trabajos de ALCÁCER y LÓPEZ ORTEGA que ya se han citado.

50. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 69-1, de 27/01/2006.

51. ALCÁCER GUIRAO, R.: El derecho a una segunda instancia.., cit., p. 85.

52. Se trataba de un impago de pensiones, en el que la Audiencia Provincial había aceptado los hechos "base" probados en la instancia, para extraer de ellos conclusiones probatorias diferentes. En concreto, aparte de poner de manifiesto que el juez *a quo* se había confundido en algunos cálculos, la sentencia de apelación decía que de los hechos declarados probados en primera instancia cabía inferir razonablemente la capacidad de pago del acusado, entre otras razones por su alta cualificación profesional (era ingeniero), y por tanto la Sala entendía, frente al criterio del juez de instancia, que si no había pagado la pensión era porque no quería, y no porque no podía. El TEDH, a este respecto, *"constata que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta solamente el elemento objetivo del delito, en este caso la falta de pago de la pensión, sino que ha examinado también las intenciones y el comportamiento del demandante, así como las posibilidades de obtener ingresos más elevados en razón de su formación profesional. A los ojos del Tribunal, un examen semejante difícilmente puede ser considerado como atinente solamente a cuestiones de derecho. Implica, en efecto, por sus características, una toma de postura sobre los hechos decisiva para la determinación de la culpabilidad del demandante".*

53. Véase, sin embargo, el sorprendente *salto atrás* de la STC 157/2013, de 23 de septiembre de 2013, cuya mejor aportación se encuentra en el magnífico voto particular que la acompaña, cuya lectura permite obtener un conciso y claro resumen de la evolución de esta doctrina.

54. Eso es exactamente lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *Igual Coll c. España* (STEDH de 11 de marzo de 2009). No se practicó prueba en la segunda instancia, sino que la Audiencia Provincial valoró de distinta manera que el Juez de lo Penal los hechos-base que sustentaban la prueba de indicios acerca de falta de voluntad del acusado —y no imposibilidad, como había entendido el *juez a quo*- de pagar una pensión de alimentos. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo entendiendo que no se había planteado un problema de *inmediación,* puesto que no había existido prueba personal en la segunda instancia. El TEDH condenó a España aplicando la que era su verdadera doctrina, mal interpretada desde la STC 167/2002, como ya se ha expuesto.

55. Por todas, STEDH de 13 de diciembre de 2011, *Valbuena Redondo c. España.*

Vid. asimismo ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a una segunda instancia…* cit., p. 33 y ss.

56. *Vid.*, a título de simple muestra —pues como queda dicho, hay centenares, si no miles, de resoluciones semejantes en el tratamiento de esta cuestión- SAP Badajoz 3 de septiembre de 2012 (Roj: SAP BA 994/2012), SAP Sevilla 31 de julio de 2012 (Roj: SAP SE 2808/2012), SAP Madrid 26 de julio de 2012 (Roj: SAP M 14895/2012).

57. También como simple botón de muestra, SAP Burgos de 10 de septiembre de 2012 (Roj: SAP BU 866/2012).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y otros: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso.* La reforma del Proceso Penal. Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

BECCARÍA, Cesare: *De los delitos y las penas.* Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999

CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro: *El Alcalde de Zalamea.* Austral. Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1988.

CRESPO BARQUERO, P.: *Actualización de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derecho de defensa.* Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2006.

CRESPO BARQUERO, Pedro: *"El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en el juzgado de guardia de duración superior a veinticuatro horas".* Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. Madrid, 2003.

CRESPO BARQUERO, Pedro: *La reforma orgánica del Ministerio Fiscal: la Fiscalía General del Estado. Relaciones institucionales y órganos centrales.* Formación continuada del Ministerio Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 2014.

FENECH NAVARRO, M.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Agesa, León, 1980

FLETCHER, George P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas,* GEDISA, Barcelona, 1980

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho procesal penal.* 3ª edición. Colex, Madrid,1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial.* Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: *Un poder efectivo y visible. El de los jueces del estado constitucional de nuestro tiempo*. En *La sociedad, teoría e investigación empírica: estudios en homenaje a José Jiménez Blanco.* Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2002.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: *El proceso penal como sistema de garantías.* Diario La Ley, núms. 8068, 8091, 8111 y 8121, mayo, junio y julio de 2013.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Fundamento y límites de la segunda instancia penal (a propósito del control de los hechos en el juicio de apelación).* Madrid, 2009

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril).* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: *La presunción de inocencia.* Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario. Ed. Wolters Kluvwer, Madrid, 2008.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal.* La Ley. Año XXVII. Número 6566. 9 de octubre de 2006.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: *Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados*, Revista del Poder Judicial, nº especial XIX, 2006.
SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: *La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Plan de formación continuada de la Carrera Fiscal. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2012.
VIADA BARDAJÍ, Salvador: *Los fines del proceso penal.* La Ley Penal, nº 75. Sección Estudios (La Ley 12919/2010), Ed. La Ley, 2010.
VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. 2ª Edición.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA:

AGUILERA MORALES, Marien: *Proceso penal y causa general.* Ed. Civitas, Madrid, 2008.
BROWN CELLINO, Sergio: *Tópicos sobre motivación de la sentencia penal.* En Ciencias Penales, Temas actuales: homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004. P. 537 y ss,
DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Los verdaderos Tribunales en España: Legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley.* Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1992.
DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y PEITEADO MARISCAL, Pilar: *Sistema de la tutela judicial efectiva.* Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2011.
DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *El Poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo.* Ed. Ariel, Madrid, 2000.
FERRAJOLI, Luigi: *Estado y razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta. Madrid, 2001.
FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Ed. Trotta. 4ª edición. Madrid, 2004.
GUERRERO PALOMARES, Salvador: *La imparcialidad objetiva del Juez Penal. Análisis jurisprudencial y valoración crítica.* Ed. Aranzadi, 2009.
GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: *Acusación y defensa en el proceso penal.* Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
GUZMÁN, Nicolás: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica.* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
HABERMAS, Jurgen: Teoría de la acción comunicativa. Ed. Taurus, Barcelona, 1999.
ISRAEL, J., KAMISAR, Y., LAFAVE, W., KING, N.: *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de América.* E. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
LARA LÓPEZ, Antonio María: *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*. Ed. Aranzadi, 2014.
LÓPEZ AGUILAR, Fernando: *El Ministerio Fiscal como problema*. Revista *Sistema*, nº 130/1996.
LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de derecho procesal penal.* AKAL, 1999.
LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *La cláusula de confrontación en el proceso penal.* Ed. Civitas, 2013.
MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.
MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo: *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México.* Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz: *La independencia judicial.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.
MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
MORENO CATENA, Víctor: *Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales.* Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, nº 8/2010.
MUÑOZ CONDE, Francisco: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* El País, 23 de septiembre de 2003.
NIEVA FENOLL, Jordi: *La duda en el proceso penal.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
PEREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J. *El interrogatorio del acusado: reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.* Ed. Civitas, Madrid, 2011.
QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo.* Ed. Aranzadi, 2013.
PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español.* COLEX, Madrid, 1994.
RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada.* Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.
RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *¿Inferioridad de armas en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba).* Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, nº 8/2010.
SUAU MOREY, Jaime: *Inmediación y apelación en el proceso penal.* Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2010.
TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.
VALLDECABRES ORTIZ, Isabel: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

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

CINEMA AND LEGAL REASONING: STRATEGIES AND ARGUMENTATIVE AND PARA-ARGUMENTATIVE METHODS OF THE JUDICIAL ARGUMENT REGARDING THE LITIGATION OF FACTS

José Calvo

RESUMEN

Análisis de cuatro documentos fílmicos: *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 inciales, 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,

ABSTRACT

Analysis of four films: *In the Name of the Father* (1993), directed by Jim Sheridan; *Julius Caesar* (1957), directed by Joseph L. Mankiewicz; A Civil Action (1998), directed by Steven Zaillian, and Time to Kill (1996), directed by Joel Schumacher. Sequences selected are those in which litigation about facts show the effects of the discourse and its nature. There are some reflections about the theory of reasoning regarding the matter of facts. Constructive items that characterize the narrative models are shown. Moreover, there are some reflections about the conduct of the witness evidence.

KEYWORDS

Theory of reasoning, rhetoric, procedure, facts as arguments, evidence and narration, impartiality rhetoric, authority argument, consequentialist argument, sacrifice argument, a simile argument, witness and narrative evidence; Para-argumentative slots: interception order, argumentative rhythm, irony, emotivism.

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

José Calvo
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga

Sumario: 1. Campo. 2. Encuadre. 3. Plan de rodaje. 4. Escena primera: *In the Name of the Father*. A. Toma primera. B. Toma segunda. 5. Escena segunda: *Julius Caesar*. A. Alegato de Bruto. B. Alegato de Marco Antonio. 6. Escena tercera: *A Civil Action*. 6. Última escena: *A Time to Kill*. 7. Fin. Nota bibliográfica.

1. CAMPO

Tomo para encuadre general de estas páginas la idea base de que los hechos en Derecho —y de modo especial en el ámbito de su procesamiento jurisdiccional— únicamente adquieren estatus de "hecho jurídico" a partir de prácticas y técnicas discursivas, es decir, los hechos en un proceso serían propiamente solo *efecto de discurso*.

Seguidamente enfoco para hacer más nítida la imagen: la construcción estratégica procesal sobre los hechos en proceso, ya organi-

zada en discursos, se muestra como de índole narrativa, es decir, se hace presente a través de la efectiva contienda (*litis opera*) entre historias rivales, entre relatos enfrentados, y es así también que en ellos apoyará presupuestariamente la argumentación jurídica sobre los hechos. La estructura argumental del discurso jurídico (*iudicium iuris*) sobre los hechos está, pues, propulsada desde el hecho transformado en relato. Son los *hechos en relato*, diferentes versiones sobre lo sucedido, los que suministran el argumento maestro sobre los hechos jurídicos del *caso*.

2. ENCUADRE

Las páginas que siguen indagan en la experiencia de la litigación sobre hechos, planteando, desde dos perspectivas, la relación interdisciplinaria Cine y Derecho que aquí nos convoca. Una, general, tocante al contexto de sede jurisdiccional, pues serán situaciones de litis procesal lo que se examine; nos moveremos, por tanto, en el subgénero de "cine de juicios". La otra, específica, atinente al instituto del "alegato" para llevar a cabo su concreta exploración en dos fases del curso procesal como son, respectivamente, la formulación inicial de la acusación y la conclusiva del resumen de prueba e informe.

Estos dos momentos del recorrido en el que el proceso judicial ha configurado su cauce formal y materialmente en él discurre, se corresponden, respecto del trámite de actuaciones procesales sobre hechos, con los de su nacimiento y desembocadura. Uno y otro han sido diseñados con miras a establecer qué sucedió, y si sucedió, cómo; esto es, se encuentran organizados para plantear la controversia fáctica y desde allí conducir hacia la fijación histórica de ocurrencia o no del hecho enjuiciado.

Todo el curso procesal tiene, a mi entender, estructura narrativa, pero de manera muy característica en las dos fases que acabo de señalar. En la inicial, es con la alegación de los elementos fácticos —siempre *ex post facto*—, producida entre *opponens* y *respondens,* que se suscita la situación de debate (*quaestio disputata pro determinatio de facto*), acotando (*distinctio*) las *quaestiones disputatae selectae* del *casus*. A la de término, por su parte, le cumple aportar la alegación final sobre los hechos que fueron objeto de debate (*exclusio nova quaestiones facti*) en un orden ya antecedente —solo seguida del ejercicio por el *respondens* del "derecho a pronunciar la ultima palabra" sobre hechos— a la inmediata decisión judicial sobre aquellos (*iudicium facti determinatio*), la que se concretará —luego de dar el pleito por concluso (*causam actum pronunciare*) y el subsiguiente proceso de deliberación (*deliberatio*), que incluye la valoración del acervo probatorio reunido sobre los hechos— en la *sententia conclusio determinatio de facto* / <in> *determinatio de facto*.

Entre ambas se habrá llevado a cabo la fase de prueba de hechos, con práctica de los diversos medios probatorios propuestos y admitidos. A este respecto el interrogatorio, que viene siendo generalmente considerado como prueba narrativa, sin duda repercute en el procesamiento judicial sobre hechos, pero su grado de incumbencia es siempre, desde mi punto de vista, mucho menor del previsto. Me parece que la eficiencia cognitiva que para con los hechos deriva del examen de testigos, esto es que la posibilidad que otorga disponer interrogaciones al declarante respecto de los hechos en debate aumente el conocimiento tanto sobre lo que se ignora acerca de la ocurrencia histórica del hecho enjuiciado como respecto de la no ocurrencia, o bien es antes un *desideratum* que una realidad, o bien una *petitio principio* que afirma aquello que debiera demostrar, e incluso que más bien es demostración contraria de lo afirmado. En relación con lo que creo es sobre todo una eficiencia constatativa de lo ya conocido por quien interroga y de la débil estructura postulada como prueba narrativa en la testifical, haré en su momento las debidas y oportunas precisiones.

3. PLAN DE RODAJE

Utilizaré como documentos fílmicos cuatro películas cinematográficas, y son, por su orden:

A) *In the Name of the Father* (*En el nombre del padre*), Coproducción GB-Irlanda; Universal Pictures / Hell's Kitchen Films, dirigida en 1993 por Jim Sheridan, con guion de Terry George & Jim Sheridan adaptando la autobiografía de Gerry Conlon publicada el año 1991 con el título de *Proved Innocent: the story of Gerry Conlon and the Guildford Four* (Conlon, 1990). Una breve sinopsis de su argumento reseñaría las irregularidades auspiciadas por el Gobierno británico durante la investigación policial, instrucción criminal y juicio contra el grupo de acusados —"los cuatro de Guildford" y "los siete de Maguire" (The Guildford Four & The Maguire Seven)— de haber cometido un atentado terrorista en nombre del IRA. Cuando algunos de los procesados cumplían la pena de cadena perpetua impuesta y habían ya cumplido 15 años de prisión, una revisión del juicio basada en el acceso a antecedentes fácticos —con naturaleza de *hechos de nueva noticia* en tanto que relacionados con *the retention and disclosure material* recogido por la policía en el curso de las diligencias de investigación, y que habían permanecido indisponibles para la defensa—, sirvió a esta finalmente para probar la inocencia de los condenados. Se trata de una película en el género de denuncia política cuya dimensión de drama judicial tiene como base la interesada presentación de los hechos sometidos a juicio.

B) *Julius Caesar*, MGM / UA, dirección y guion en 1953 de Joseph L. Mankiewicz sobre el drama shakesperiano del mismo nombre. Un resumen de su argumento ha de partir del momento de la historia de Roma en que habiendo terminado la guerra civil entre César y Pompeyo (49-46 a. C.), el primero asume el control de la República, concentrando como dictador vitalicio todo el poder. El año 44 a. C. una conjura de senadores patricios trama y ejecuta su asesinato. La muerte de César es anunciada al pueblo de Roma por Bruto, uno de los tiranicidas, que a su vez prestará la palabra a Marco Antonio para pronunciar la oración fúnebre en cuyo discurso el hecho de sangre "libertador" da un giro inesperado cambiando la percepción popular hacia todos los protagonistas en él involucrados. Se construirá a partir de ahí un complejo aparato de intrigas y acuerdos con el resultado de la formación del Segundo Triunvirato (Marco Antonio, Lépido y Octaviano César) y el inicio de una nueva guerra civil que terminará el año 42 a. C. con la derrota y muerte de los asesinos de César. Se trata de una película en el género del drama histórico y biográfico.

C) *A Civil Action*, Paramount Pictures / Touchstone Pictures, dirección y guion en 1998 de Steven Zaillian sobre la novela homónima de Jonathan Harr publicada en 1995 (Harr, 1995). En su sinopsis cabría destacar el cambiante devenir del proceso judicial en la reclamación civil de responsabilidades por lesiones en un caso que enfrenta a un grupo de familias de Wobum, Massachussets, contra dos poderosas corporaciones acusandas de haber contaminado el agua del pueblo con residuos químicos que han causado la muerte por leucemia a sus hijos. La representación procesal y defensa técnico-jurídica en juicio es conferida a un abogado especializado en lesiones, que al fracasar en el enfoque jurisdiccional no solo dejará insatisfechas las pretensiones indemnizatorias de sus patrocinados sino

que en una tan ofuscada como errónea estrategia de litigación también ocasionará, además de su descrédito profesional, la ruina de sus socios del bufete. Se trata de una película en el género del drama judicial.

D) *A Time to Kill* (*Tiempo de matar*), Warner Bros / Regency Enterprises Productions, producida Arnon Milchan, dirigida por Joel Schumacher en 1996, con guion de Akiva Goldsman adaptando la "legal novel" de John Grisham de igual título del año 1989. La historia, ambientada en un pequeño pueblo del sur de Mississippi de mayoría blanca, arranca con la salvaje violación de una niña negra de diez años. El padre decide tomarse la justicia por su mano y mata con premeditación y alevosía a los violadores de su hija. Sometido a juicio, el joven abogado blanco que acepta su defensa trata de hallar el modo de obtener un veredicto de inocencia que salve su vida.

4. ESCENA PRIMERA: *IN THE NAME OF THE FATHER*

Aun siquiera de modo muy breve ha de hacerse una necesaria referencia al contexto histórico-legal. Este remite a la promulgación y vigencia de las leyes especiales contra el terrorismo en UK durante las décadas de los años 60 y 70 —Firearms Act 1968; Prevention of Terrorism Act 1974 (Temporary Provisions), Criminal Law Act 1977 (Terrorism and Conspiracy), entre otras— mediante las que el modelo garantista del sistema penal anglosajón se vio severamente afectado.

En efecto, el control judicial de las detenciones policiales experimentó una debilitación y adelgazamiento extraordinarios, al punto de generarse una situación de suspensión de facto de las garantías constitucionales. Por ejemplo, el tiempo por el que se podía dilatar la custodia policial —sin pasar a disposición judicial— que en 1974 se fijó en 7 días llegó a extenderse al final hasta los 19 días. En otro orden de cuestiones, creo que no es completamente extraña a esta contextualización de relaciones pragmáticas extremas entre Violencia y Política —en la que las acciones del grupo terrorista norirlandés IRA se involucran con el oscurecimiento y hasta opacidad moral y jurídica de la respuesta estatal— reparar en la coetaneidad (1968) de la publicación por Hart de su libro *Punishment and Responsibility*, reuniendo en él trabajos entre 1957 y 1967 (Hart, 1968). Conceptos como *responsibility*, retribución, punishment, "scheme of social hygiene" o "excuse", no me parecen de ajenidad exótica ni una intrusión impropia. En ese período se acumularán, además de The Guildford Four y The Maguire Seven[1], otros casos como The Birmingham Six, o el caso Judith Ward, producto de una espiral que habría de poner de manifiesto la vulnerabilidad de los sospechosos bajo custodia de agentes del Estado, índole del problema que avanza algunos de los modelos de peligrosidad y criminalización del topos crítico-descriptivo "Feindstrafrecht" —"derecho penal del enemigo" (Jakobs, 1985)[2]—, luego, asimismo, rehabilitados con amplio consenso internacional durante la "crisis de libertades" de inicios de este siglo. Del resto, en orden a principios procesales, el contexto socio-político e ideológico-jurídico fue propicio al sacrificio, sin el menor escrúpulo, de las bases garantistas y la información de cargo acusatorio, así como de la presencia y asistencia letrada en interrogatorios, la comunicación con letrado y familiares, el derecho de defensa y la igualdad de armas procesales.

Dicho lo anterior, voy a seleccionar del documento fílmico elegido dos tomas mutuamente relacionadas entre sí a través del acto procesal del alegato inicial y conclusivo.

A. TOMA PRIMERA

Al visionar la película, observamos el momento de celebración del juicio cuyo comienzo muestra el llamado alegato inicial por el que

el Acusador Público, en nombre de la Corona, expone los cargos formulados en contra de los acusados y que constituyen el objeto fáctico del enjuiciamiento (track 52:00 a. 53:02)[3]. A este alegato acusatorio sucede el de la Defensa que formula alegato de disconformidad o, bien, alternativo, aunque las imágenes no muestran la secuencia completa con la intervención de esta. En todo caso, la idea de orden secuencial en la presentación de los diferentes alegatos no es irrelevante; el debate judicial principia, en sentido ordinal, con la versión de los hechos que narra el representante del Ministerio Fiscal. De ello cabe hallar evidencia muy antigua por concurso de la literatura; en *Las Euménides*, de la *La Orestía*, de Esquilo, podemos leer el parlamento que Atenea pronuncia ante las Erenias, que dice: "La palabra os concedo, abre el debate. / Si quien acusa habla el primero, puede/ narrar muy bien los puntos en litigio" (575-585) (Esquilo, 1990, p. 402).

La existencia de una estructura de orden en la presentación de los hechos en litigio es, pues, fundamental. La litis principia con la versión de los hechos narrada por el Ministerio Fiscal, quien así ocupa una posición determinada en el uso del alegato, posición que es de sentido ordinal, no cardinal, pues lo contrario implicaría prevalecer sobre la versión en disconformidad o alternativa que postule el alegato de la defensa. Es frecuente, sin embargo, que esta versión de los hechos expuesta en el relato inicial del Ministerio Público sea considerada la "tesis" narrativa, lo que, sin duda, es un error de perspectiva lógica, ya que, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia, solo cabe tener por *tesis* el relato —implícito (disconformidad) o explícito (alternativo)— de la defensa, de donde el alegato de la acusación reviste en realidad naturaleza de *antítesis*. El orden del discurso tiene así efectos pragmáticos, pues condiciona al auditorio.

B. TOMA SEGUNDA

Tras el desarrollo del juicio en sus fases de declaración de los procesados y práctica de prueba admitida, se suscita el alegato conclusivo, articulado en la fase de informe oral[4]. Pues bien, lo primero que ha de llamar la atención es la alteración del turno en el uso de la palabra entre las partes procesales del juicio que hemos presenciado, ya que ciertamente constituye una infracción de las normas de procedimiento, con lesión de la garantía procesal de contradicción, el que el Acusador Público cierre el debate sobre los hechos enjuiciados por habérsele concedido la palabra (track 1:01:45 a 1:03:36) tras hacerlo la Defensa (track 1:00:34 a 1:01:44). El orden del relato es también un orden argumental, y la versión de los hechos patrocinada por el Ministerio Fiscal no puede ser la de cierre. La fase de informe oral reproduce el esquema de orden de intervenciones con que el se organizó el inicio de la celebración del juicio; ha de intervenir el Ministerio Fiscal, y seguidamente la Defensa, no al revés. O lo que es lo mismo, la versión de los hechos sostenida por esta, investida como se ha señalado por el principio de presunción de inocencia, subsiste, como *tesis,* hasta el instante último de dar el pleito por concluso. Esa continuidad en su condición de tesis, aun si bien de carácter interino, permanece y dura hasta el pronunciamiento de la *sententia conclusio determinatio de facto* / <in> (por falta de prueba o duda razonable) *determinatio de facto*.

Sin embargo, creo que debemos interrogarnos acerca de si se trata de una 'licencia' de Jim Sheridan y sus guionistas, y si está o no objetivamente desprovista de toda posible intencionalidad. Desde mi punto de vista, creo que la dirección y el guion recurren a esta alteración ordinal del turno para subrayar, o al menos sugerir, el problema de fondo; esto es, la ausencia o, cuanto menos, déficit significativo, de imparcialidad con que se condujo el procedimiento seguido contra los acusados. Y es también seguro que esta 'licencia' procede de una apreciación no *ex ante* sino *ex post*. En 1993, publicado el libro de Gerry Conlon y sustanciada la revisión del juicio ante el Tribunal de Apelación de Londres en la que se pudo establecer la veracidad de relato de hechos de

los acusados presentado por su defensa técnico-jurídica durante el primer juicio, se habían anulado ya por aquel órgano superior —entre 1989 y 1991— las sentencias condenatorias precedentes.

Sea como fuere, esta secuencia de *In the Name of the Father* me brinda oportunidad para una reflexión en torno a la idea de "imparcialidad" respecto de la de "retórica". Y así, me pregunto: ¿cabría hablar de 'retórica de la imparcialidad'? ¿Existe o no 'imparcialidad' argumental por parte del Ministerio Público? ¿Predetermina o no el criterio postulante del Ministerio Fiscal el criterio decisor de los jueces? ¿Cuáles serían las consecuencias de la 'desautorización' jurídica del uso retórico de la 'imparcialidad'? ¿Cuáles las de la 'desautorización' social de uso retórico de la 'imparcialidad'?

Con estas interrogantes pretendo reparar en un perfil manifiestamente desatendido en los análisis del debate procesal. Muy a menudo se sugiere —jurídica y socialmente— como característica de la versión de los hechos sustentada por la Defensa su *parcialidad*, en tanto que presidida por la falta de objetividad (id est: se conduce en un interés particular, esgrime un planteamiento "partisano", sostiene una visión parcial, con frecuencia recurre a la sugestión emocional o emotiva). Así, lo propio de esa versión sería responder a una "retórica de la parcialidad", alimentando desde ahí la general prevención respecto de su posible efecto de convencimiento y persuasión. Por el contrario, es absolutamente insólito encontrar referencias a la retórica de la otra *parte*, cuya versión de los hechos se reviste, no obstante, de *imparcialidad*, sin que, además, se pruebe a insertar esta versión en el cuestionado terreno de lo retórico. Yo quiero aquí arriesgar este otro punto de vista: existe una retórica de la imparcialidad.

Esta *otra* retórica se soporta principalmente en un argumento tópico: la autoridad de la Ley. Tal retórica recurre al empleo de este argumento desenvuelto en circularidad, lo que crea extraordinarias dificultades para su refutación. El recurso retórico utilizado por el Ministerio Fiscal (magistrado postulante) se desenvuelve de tal modo que *no-es-posible* obtener un efecto de persuasión sin que previamente los oyentes, en especial jueces (magistrados deliberantes), incluyan el núcleo de confianza presumido como *triunfo* en la auctoritas (art. 124.1 CE) de quien esgrime como argumento la autoridad de la Ley. Esta circularidad únicamente se interrumpiría si la opinión (otro *topo*) del auditorio (jueces, asistencias letradas y justiciables) cuestionara la auctoritas del orador (Ministerio Público) más allá de una discrepancia interpretativa de la Ley. Pero, lo paradójico, y no por eso más habitual, es observar su reforzamiento cuando el principio de legalidad (argumento la autoridad de la Ley) se confunde —o directamente se identifica— con el mero fetichismo de la Ley. Creo que convendría, y valdría el esfuerzo, explorar los usos retóricos de la imparcialidad, y sus derivaciones, porque estas alcanzarían a la propia concepción del proceso como marco de discurso y razonamiento dialógico o, por el contrario, solo o principalmente monológico, y a resultas de ello, igualmente, a la formación de la decisión judicial. En punto a esta última materia, como relativo a la formación en el órgano judicial del criterio decidor, cabrá decir que la versión de los hechos postulada desde la autoridad narrativa del Ministerio Público formalmente no predetermina la decisión que hayan de adoptar los juzgadores, pero ¿sucede así si realmente aquella se predica desde la retórica de la imparcialidad?, y, al propio tiempo, ¿qué repercusiones, con estimativa pues del argumento consecuencialista, se desprenderían de la desautorización de la *auctoritas* de aquel narrador? Las consecuencias procesales, por ejemplo en materia de imposición de costas devengadas en un proceso, son inexistentes; no existe en la práctica condena en costas al Ministerio Fiscal, incluso cuando luego de haber elevado este a definitiva su conclusión acusatoria provisional y mantenido en su informe oral las "razones" que la avalan, resulta declarada por el tribunal inexistencia de prueba de cargo, y

subsiguientemente tampoco aquel interesa por la vía del recurso correspondiente la revisión o revocación de ese fallo. No obstante, añadiré, el alcance del argumento consecuencialista no se pliega en exclusivo al ámbito procesal y de la conformidad con las reglas procedimentales, sino que puede trascender más allá; me refiero a la potencial ramificación de la des-autorización *social* de esa "retórica de la imparcialidad" y el modo y medida de aceptar o no tras el disenso otras derivas más o menos justificables, o respecto al grado de tolerancia admisible del sistema jurídico-procesal para integrarlas.

Aparte de ello, no quisiera dejar sin apunte otras consideraciones que aunque no están en la centralidad del tema abordado, y no me detendré a examinar, creo que conforman, sin embargo, el disco de su órbita. Me refiero a dos aspectos relacionados con la *Theory of Evidence* como son: a) el que en el proceso racional de reconstrucción probatoria seguido en el procedimiento entablado contra "los cuatro de Guildford" y "los siete de Maguire" haya podido prevalecer una concepción del análisis del acervo de probanzas reunido capaz de distorsionar gravemente su resultado y apreciación de rendimiento, y b) el problemático control racional de la prueba pericial sobre sustancias químicas idóneas para la fabricación de explosivos. Sin entrar al detalle de una explicación exhaustiva, estimo que la versión de los hechos de los acusados se vio seriamente comprometida por un tipo de análisis que optó, más que por el tratamiento holístco o global —esto es, narrativo— de la prueba, por otro bien diferente, apoyado en individual de cada una de las probanzas, tal vez muy semejante al método de tabla (*chart method*) de Wigmore (1937, 821; 1940, I), es decir, con atomización de la prueba, planteado antes como antitético que como complementario[5]. Al propio tiempo, los mejores propósitos de la Wigmore science of evidence también quedaron frustrados tanto por la impericia en la realización de la prueba como por la falta de sujeción del informe pericial a sujeción a *estándares de prueba que evitaran,* ya entonces —y aun antes— (Calvo, 2013b) como hoy, falacias y saltos argumentativos.

5. ESCENA SEGUNDA: *JULIUS CAESAR*

Toma única

Con carácter previo a entrar al contexto jurídico y emprender seguidamente el examen los asuntos relacionados con la argumentación en la materia de hechos se hace preciso puntualizar acerca de lo que viene siendo presentado como objetivo fundamental de la obra cinematográfica dirigida por Mankiewicz, pues es lugar común considerar que este se propuso ofrecer una lección de cultura política sobre el peligro de los regímenes autoritarios. Anima a creerlo así su respetuosa adaptación de la tragedia shakesperiana y el que esta haya sido generalmente tenida como una proclama contra la dictadura y la tiranía. Pero sucede que la manera en que Shakesperare hizo revivir los acontecimientos que rodearon el magnicidio de César supuso, en realidad, un sensible cambio en la percepción de los mismos, de modo que esa misma impronta se ha convertido en directa responsable de dar como resultado la valoración que hoy es dominante: la adversa dimensión política de *Julius Caesar* como prototipo y paradigma del dictador. Esta dimensión, basada en principios evaluativo-prescriptivos de la figura de un dictador que convirtiendo en vitalicio el modelo autocrático de gobierno extraordinario —previsto para situaciones de emergencia y extrema gravedad— aniquilaba los derechos y libertades republicanas —una República senatorial con fuerte ingrediente patricio— prescinde, sin embargo, de lo que sucedió, para proponer lo que aún no había sucedido, y solo sucedería más tarde, cuando Cayo Julio César Octaviano, sobrino nieto de César y en su día adoptado por este como heredero, se proclame Augusto, esto es, se corone primer Emperador de Roma. Tras la

elección democrática de César como dictador (Canfora, 1999) solo cabría hablar de *prejuicio de amenaza* de tiranía, pero no de *juicio de vigencia*. Es cierto, no obstante, que el no poder hablar de *juicio de vigencia* en nada impide que podamos hacerlo —la responsabilidad de Catón el Joven y Cicerón no serán aquí menores— de *juicio de probabilidad*. Pero hacerlo en tales términos requiere razonar con indicios, no solo introducir sospechas o formar conjeturas basadas en meras apariencias. Y si trasladamos este filtro crítico y racional al texto de William Shakespeare, también son únicamente sospechas, conjeturas y apariencias lo que en verdad allí hallaremos, además del hecho de que su autor las aceptó como suficientes para construir al personaje de César y desarrollar la trama que representa su asesinato antes de que pudiera ser coronado[6].

Ello se explica hoy mejor a partir del conocimiento de las fuentes narrativas utilizadas en la elaboración del drama. Shakespeare, se sabe ahora con certeza, extrajo material en la lectura de los relatos sobre los Césares romanos de Suetonio —De vita Caesarum— y, al margen de otras fuentes (Séneca, Salustio, etc.) (Ornstein, 1958; López Moreda, 1994), principalmente desde las Parallelae, sive Vitae illustrium virorum de Plutarco, concretamente (Shrratt, 1971) en la versión inglesa que Sir Thomas North (Plutarco, 1579) llevó a cabo a partir de la traducción francesa de Jacques Amyot existente desde 1572, utilizando para ello la segunda edición de la misma, impresa en Lausanne el año 1574 (Plutarco, 1574). La ascendencia de estas fuentes será palmaria, además de en el propio *Julius Caesar*, en la creación de otros dramas y tragedias shakesperianos, romanos como *Antony and Cleopatra*, *Coriolanus, Titus Andronicus* o griegos como *Timon of Athens*[7].

Con todo, no son solo estos conjuntos de narraciones sobre la historia de Roma los que influyen en la estructuración del drama, el alma de los personajes y el significado del drama *Julius Caesar*. Está, asimismo, la *ética de la persuasión* del propio Shakespeare, en la estela de la tradición de la *Poética* aristotélica recibida por Cicerón en *De Oratore* (Crider, 2009, pp. 45), y llevada a la retórica por Quintiliano en su Institutio Oratoria.

Esto es importante cuando lo que se nos ofrece es la dramatización de unos hechos que por absolutamente indisponibles solo se evocan mediante el relato que los cuenta en las precisas *palabras* con que se cuenta, y que ciertamente permitirá dos opuestas versiones: la de Bruto y la Marco Antonio, a través dos enfrentadas retóricas (Fuzier, 1974). A partir de ahí, no tanto importarán los hechos como el *discurso de los hechos*. La materia fáctica (*res*) se transforma en materia discursiva (*verba*), y desde entonces ya solo se hablará de las palabras. Hay, pues, una única sustancia: el lenguaje. Las dagas, cubiertas de sangre, han vuelto a sus vainas o, desnudas, se esconden bajo los ropones y los enrojecen; su turno y su impuso quedó, sin embargo, atrás, y entramos a un nuevo tiempo y fuerza: la hora y el vigor de las palabras que hieren como puñales. Como Gayle Greene ha sabido expresar con indudable acierto, en este diferente *tiempo* —lingüístico, no extralingüístico, perdido e inaprensible— todo el poder de dominio sobre la *acción de los hechos* y *los hechos en acción* estará basado, efectivamente, en la habilidad para *empuñar palabras*[8]; esa destreza se llama *ars rhetorica*.

Y bien, llegado a este punto iré en adelante adentrando en cuestiones de contexto jurídico para seguidamente hacerlo en los temas y problemas de argumentación en la materia de hechos.

Respecto a lo primero, decir que entre los juristas *Julius Caesar* no ha gozado de tanta solicitud ni aplicación como merecieron otras piezas de la dramática shakesperiana, así *Measure for Measure* o *The Merchant of Venice*. No recuerdo —pero es posible que también en esto sea débil mi memoria— que el magnicidio de César haya interesado especialmente a los penalistas de modo semejante a lo que para civilistas representó discutir la interpretación del contrato de la libra de carne, la licitud de

su causa o en general de la teoría del negocio jurídico. Cierto también que entre procesalistas no se hizo cultivo ni cosecha del prevaricato del joven magistrado Angelo, quizá porque sea en fin vana esperanza haber podido confiar que amor y proceso, o tal vez perdón y amor, aún en sus más condesciendes expresiones, más si fueran frívolas, puedan hallar reunión en esa disciplina. De *Julius Caesar* he hallado en la Ciencia del Derecho penal una única mención —tal vez haya más, repito, y huyeron a mi recuerdo sin que lograra retenerlas—, relacionada, en el caso[9], con el concepto de coautoría. Pero me parece, sin menospreciar su ilustración, de menor provecho frente a la clara manifestación que incluyen los parlamentos de Bruto y Casio al resto de los conjurados (III, i) y su simbólica gestualidad:

> BRUTO.— "¡Inclinémonos, romanos, inclinémonos y bañemos nuestras manos hasta el codo en la sangre de César, y de ella salpiquemos nuestras espadas!" […]
>
> CASIO.— "¡Inclinémonos, pues, y lavémonos en su sangre!" […].

En esa misma escena han inadvertido los historiadores del Derecho las posibilidades que para mí se alojan en las palabras dirigidas por Bruto a la Historia, y la historia del teatro, cuando declara:

> BRUTO. — ¡Cuántas veces se verá sangrar a César sobre el teatro! ¡Y ahora yace a los pies de Pompeyo, no más preciado que el polvo!

Si *imaginamos* los últimos pasos de César, retrocediendo tras recibir la alevosa primera y segunda de luego tantas cuchilladas, y el lugar en que cayó muerto, *a los pies* de la estatua de Pompeyo que se hallaba situada en el centro del fondo del teatro de la Curia que lleva su nombre, y habiendo presidido en ella la reunión de senadores, podemos entonces trazar el último trecho de su camino en vida, así separándose de los primeros apuñaladores, y yendo hasta aquella efigie poco antes de recibir allí el golpe en aluvión de las restantes dagas. Desde luego, la imagen de su cuerpo yacente a la base de la estatua de su vencido enemigo Pompeyo es de una fuerza extraordinaria como metáfora de las ironías de la Historia, sin duda. Pero quizá —digo solo quizá— también tenga una lectura jurídica; César, buen conocedor de las tradiciones de la Antigüedad y respetuoso con las costumbres jurídico-religiosas de que tuvo noticia durante sus campañas miliares, acaso habría mostrado un postrer acto de fe en el Derecho, consolado de la esperanza —tal vez *última spes*, y *spes ultima moritu*— en quienes sabrían interpretar su gesto, fiando que todavía algún derecho lo habría de proteger preservándolo de la muerte. Y los heridos pasos de César se entregan el amparo de la *inmunidad de los lugares*. Es César inerme tratando de ejercer el "asilo" a *estatuas de héroes* para hallar refugio en la erigida a Pompeyo[10]. Esta *figuración*, con obstáculos que no disimulo[11], ¿sería del todo implausible? … Después, tras lo que demora el instante de un cruce de miradas, César cubre el rostro con el manto, tropel de dagas y sangre salpicando los vestidos y la basa.

Pero seguramente aventuraré menos si ya frente al pórtico de ingreso a los temas y problemas sobre argumentación en la materia de hechos propongo reinterpretar el espacio escénico de la escalinata del Capitolio que desciende sobre el Foro mostrándolo a manera de un tribunal de justicia. A esta hipótesis se me opondrá la ausencia en la obra de toda clase de acotación escenográfica que lo sugiera, sin presencia del menor rastro de *atrezzo* judicial. Mas siendo esto verdad creo no obstante que el conjunto de los elementos necesarios para una puesta en escena judicial pueden ser revelados, por lo que en absoluto ensayo una inadmisible entelequia. Mi tesis es que estaríamos asistiendo a una escena cuya índole jurídico-procesal trae el eco del juicio popular derivado de la *provocatio ad populum*. Naturalmente, advertiré, se trata de una reminiscencia, de una evocación en *lato sensu*. Cierto que el instituto de derecho público, *stricto sensu* —Lex Valeria de provocatione, 509 a C., *legem de provocatione ad populum tulit*, del Cósul Publio Valerio Publícola—, no cabe cuando ya la pena del que

fuera condenado a muerte se ha ejecutado y, por tanto, le ha sido sustraída a la *asamblea* de *cives* la capacidad de juzgar su aplicación y vetarla. Esto valdría si pensáramos que era a Cesar a quien correspondía solicitar la *provocatio*, pero es algo ingenuo, tratándose de una conjura. En mi opinión, lo relevante —y revelador— reside en que el texto de Shakespeare presenta (III, i) explícitamente la convicción de culpabilidad entre los ofensores[12], y que luego de preparar y fijar el orden de intervención en la *tribuna*, Bruto, el primero en el uso de la palabra, anunciará el propósito de exponer públicamente ante la "asamblea" "las razones de la muerte de César" para que aquella las juzgue y resuelva sobre su acción criminal (III, ii). Apoyados directamente en la escena no discutiré la oportunidad de interpretarla como debate metajudicial en el que entre los oradores —Bruto y Marco Antonio— se cruzan, compensan e invierten argumentos "políticos" en clave de legitimación frente a deslegitimación, y confirmación frente a desconfirmación[13]. No obstante, creo que también la hay para su lectura —si bien no *ab imis*, subrayo— como juicio jurídico, y que Bruto, admitiendo la comisión de un delito —el magnicidio, por el que debería ser condenado a muerte— está suscitando *ad ibi* una *provocatio ad populum* a fin de obtener un veredicto absolutorio a su conducta.

Reubicados en este ambiente judicial, que repone al pueblo en la titularidad de la *iurisdictio*, entiendo que analizar la decisión de Bruto en someter al fallo de los *jueces legos* las *razones* de la muerte de César implica con carácter previo a su discusión establecer la existencia, *per se*, de dichas "razones", es decir, su racionalidad, antes pues del momento en que hayan de ser defendidas del modo que su expositor considere más apropiado. La pregunta es, por tanto, si tuvo Bruto "motivos racionales" para tramar la conjura en la que finalmente César muere. Responder a ello me parece determinante, y será, asimismo, esclarecedor cuando exploremos los argumentos presentados ante el pueblo romano congregado al pie del promontorio capitolino.

No obstante, tropezamos con una dificultad respecto del material de examen: la calidad del normalmente disponible no es satisfactoria. No es fácil encontrar buenas traducciones del texto shakesperiano, y tampoco es demasiado buena la que ofrece la versión española correspondiente a la secuencia en la que quiero detenerme. En el original de *Julius Caesar* Shakesperare escribe:

> And, since the quarrel
> Will bear no colour for the thing he is,
> Fashion it thus […] (II, i)

De las diversas traducciones al español que he consultado ninguna acierta a trasladar el sentido de *Fashion it thus*, a veces obviándola o, en el mejor de los casos, presentándola como *es forzoso argüir* (Shakespeare, 1885, I, p. 276), *forzoso es considerarle* (Shakespeare, 1922, p. 56), o *habría que formularlo así* (Shakespeare, 1990, p. 74). Tampoco parece afortunada la incluida para la secuencia fílmica (track 28: 19-28:21)[14], que acude a *digamos qué*. Para la locución *Fashion it thus* contendida en el citado fragmento de texto y reproducida en el guion debería haberse optado por *Figurémoslo así* como equivalencia más correcta en cuanto capaz de otorgar sentido. En efecto, *Figurémoslo así* otorga sentido a la reflexión inmediatamente antecedente y posterior del soliloquio de Bruto, donde se ha valido únicamente de dos metáforas (lenguaje figurado): "la escalera" y la del "huevo de serpiente":

> It must be by his death: and for my part,
> I know no personal cause to spurn at him,
> But for the general. He would be crown'd:
> How that might change his nature, there's the question.
> It is the bright day that brings forth the adder;
> And that craves wary walking. Crown him?--that;--
> And then, I grant, we put a sting in him,
> That at his will he may do danger with.
> The abuse of greatness is, when it disjoins
> Remorse from power: and, to speak truth of Caesar,
> I have not known when his affections sway'd
> More than his reason. But 'tis a common proof,
> That lowliness is young ambition's ladder,
> Whereto the climber-upward turns his face;

But when he once attains the upmost round.
He then unto the ladder turns his back,
Looks in the clouds, scorning the base degrees
By which he did ascend. So Caesar may.
Then, lest he may, prevent. *And, since the quarrel*
Will bear no colour for the thing he is,
Fashion it thus; that what he is, augmented,
Would run to these and these extremities:
And therefore think him as a serpent's egg
Which, hatch'd, would, as his kind, grow mischievous,
And kill him in the shell.

La otorgación de sentido que produce *Figurémoslo así* para *Fashion it thus* equivale a reconocer, como con acostumbrada perspicacia señala Bloom, "que no hay ninguna queja plausible que plantear contra César. "Figurémoslo así" significa hacer nuestra propia angustiada ficción, y después creer en su plausibilidad. César, contradiciendo toda su carrera, se convertirá en un tirano irracional y opresor solo porque Bruto quiere creerlo así" (Bloom, 2001, p. 128).

Por mi parte, en la preferibilidad de *Figurémoslo así* lo que me interesa destacar es que esa *figuración* es de raigambre aristotélica[15] y vale por *phantasia*, pero no en su acepción de quimera[16] sino de correspondencia al término latino *inventio*, cuyo significado conduce a fábrica y constructo como artilugio, y de ahí lleva a artificio, a artefacto. La *inventio* de Bruto es un artefacto, un artificio de los hechos, una construcción artificiosa de los hechos, artificial, porque es contrafáctica. La consecuencia que de ello se sigue es que los hechos tienen a partir de ese momento una existencia solo lingüística, de "realidad" auto-referencial al lenguaje, como parte de un discurso (narrativo) que cuenta *ad hoc*, voluntaristamente, y da cuenta (justifica) acerca de la tiranía de César.

Figurémoslo así —construyámoslo así, inventémoslo así— adolece de cualquier otro soporte que no sea la propia fábrica del relato de lo que César podría hacer o ser en el futuro, lo que, a su vez, sirve a Bruto de pretexto *a contarse a sí mismo* (auto-justificarse) en la conducta que le decide a victimarlo. En adelante —es decir, una vez la tiranía de César se toma *de dicto*, no *de re*—, podríamos recorrer el camino de las connotaciones éticas de ese pretexto desembocando en el *problema del mal positivo*, pero sin olvidar que el dramatismo es aquí infinitamente mayor que el habitual en esos trances, porque ni siquiera Bruto es contundente en la afirmación de que César es la serpiente que anida en el huevo, y por tanto no es ese el dilema. Y podríamos recorrer igualmente un camino jurídico no menos sinuoso y oscuro, porque en verdad la *inventio* del discurso que penaliza con la muerte el "supuesto de hecho" de la *no consignada* conducta de César guarda pasmosa y terrible semejanza con la estructura típica del enunciado lingüístico de lo que conocemos como *norma penal en blanco*.

Como bien puede apreciarse, esta escena primera del acto segundo ofrece, pues, enormes posibilidades de lectura "jurídica". Voy ahora con la escena segunda del acto tercero, cuya médula tampoco carece de sustancia.

Así también lo creyó la *Nueva retórica* de Perelman y Olbrechts-Tyteca[17]. Su *Traité de l´Argumentation*, en efecto, acude al *Julius Caesar* de Shakespeare y se auxilia del acto segundo, escena segunda, en un elevado número de ocasiones. Pero si esto resulta llamativo no limito a ello la única razón para hacerlo notar. El *Tratado* es un modelo de aprovechamiento de las fuentes de cultura literaria para beneficio de la teoría de la argumentación[18]. Hoy, sin embargo, se abandona el cuidado de este tesoro de valiosos materiales, y hasta se desfavorece valerse de sus rentas. A mi juicio, la instrucción en cultura literaria no es un pertrecho inservible en la formación y desarrollo de la inteligencia de un jurista, y por el contrario posee evidente importancia cuando se busca que la asimilación de las categorías jurídicas no sea el resultado de una mera adhesión dogmática, algo que se hace cada vez más necesario y urgente.

Pues bien, la comparativa de los alegatos (judiciales) de Bruto y Marco Antonio forma

un balance muy ilustrativo en mi opinión. Veámoslo:

A. ALEGATO DE BRUTO

— Para revestir la demostración de su argumento de razonamiento lógico, Bruto utiliza la forma del entinema, v.gr., silogismo condicional clásico, que aquí resulta del tipo deductivo *modus ponens*[19]*:*

> Si César era ambicioso, entonces por amor a Roma él debía morir
> César era ambicioso
> Luego César debía morir

— La técnica argumentativa es, no obstante, de naturaleza *cuasi lógica*, pues Bruto acude al llamado argumento de *sacrificio*.

La muerte de César es un sacrificio necesario, en cuanto formalmente lógico. Como señalan Perelman y Olbrechts-Tyteca, tratándose de un argumento de *sacrificio*, "este debe calcular el valor atribuido al motivo por el cual se consiente el sacrificio" (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 384). Esto ha sido buen calculado por Bruto en la apelación al valor supremo de *Roma* y la libertad de sus ciudadanos.

> […] por qué Bruto se alzó contra César, ésta es mi contestación: No porque amaba a César menos, sino porque amaba más a Roma.
>
> ¿Preferiríais que César viviera y morir todos esclavos a que esté muerto César y todos vivir libres?

Esta propuesta, como interrogativa, sigue el consejo ciceroniano en punto a transformar la hostilidad del auditorio en simpatía: "si es algún hecho lo que escandaliza, lo cambiaremos por otro que logre su aprobación" (Cicerón, 1997, I, pp. 17, 24, 116 de la trad.).

— Para sostener el argumento de sacrificio en la apelación a Roma y la libertad como *valores supremos,* Bruto ciertamente ha previsto la favorable disposición patriótica del auditorio, la que también predispone mediante fórmula de *captatio benevolentiae* que refuerza esta fase del exordio.

> ¡Romanos, compatriotas y amigos!

Ese patriotismo de valores se convierte, pues, en una apelación emotiva. De consecuencia, el alegato de Bruto está tinturado de un fuerte y ardiente *emotivismo*. Llevan razón Perelman y Olbrechts-Tyteca cuando afirman que el discurso de Bruto no es el "de un lógico frío, en oposición al de Antonio"; lo que lo caracteriza "no es la eliminación de los valores, sino lo contrario" (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, pp. 292).

— Para afirmar la identificación del propio Bruto con los valores que *apoderan* el sacrificio, ofrece dos garantías: su honor y el ofrecimiento de su propio sacrificio.

> Creedme por mi honor y respetad mi honra, a fin de que me creáis.
>
> ¡No he hecho con César sino lo que haríais con Bruto! […] igual que he muerto a mi mejor amigo por la salvación de Roma, tengo el mismo puñal para mí propio cuando plazca a mi patria necesitar mi muerte.

La *profecía de conducta* con que Bruto oferta su inmolación podría interpretarse en términos kantianos de ley fundamental de la razón práctica ("Obra de modo tal que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre como principio de una legislación universal") (Kant, 1997, Lib. I, cap. I, § 7, p. 49 de la trad.)[20]. No obstante, como anclada a lo que es propiamente un *argumento de autoridad* (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 469) —la virtud de su honra, su integridad moral— creo que se desnaturaliza, si no determinamos la auténtica probidad moral de tal argumento. Siendo este el único soporte resulta insincero, ya que su acción se origina no a razón del impulso ético de obrar el bien, sino como producto del "Figurémoslo así", con la consecuencia de transfigurar las razones morales del agente y el corolario de su acción, de donde ni la autoridad de aquel ni la resulta de esta podrían acogerse a la ley fundamental de la razón práctica.

— El *argumento* del *discurso de los hechos*. El alegato de Bruto sobre los hechos de la conjura contra César no se expone a la manera de un relato explícito, pero es posible restaurar narrativamente el modo en que fue construido el argumento sobre la *acción de los hechos* y también de los *hechos en acción*. Bastará con aplicar el hexámetro popularizado por Quintiliano (1971, V, p. 10), que ya estaba prefigurado en Aristóteles (1985, III, 1110b30 - 1111a18) y Cicerón (1997, I, pp. 24 y 26, 130 y ss. y 134 y ss. de la trad. cit.), y fue luego también recuperado por Tomás de Aquino (1960, I-IIae, q. 18 aa. Págs. 10-11; 2009, q. 2, a. 6 c), y que posteriormente obtuvo enorme fortuna dentro del Derecho canónico medieval y para el casuismo de los *manuales de confesores*. Estos, dígase igualmente, constituyen en buena medida un antecedente de los criterios en que se conducen las diligencias instructoras de jueces y fiscales.

El versículo reza así: *quis, quid, ubi, quando, quibus auxiliis*

> *Quis (quién) qualitatem agentis.*
> *Quid (qué) qualitatem rei aut personae circa quam actio versatur.*
> *Ubi (dónde) loci.*
> *Quibus auxiliis (con qué medios) media extraordinaria quibis operans usus est.* En este caso *vel instrumentis.*
> *Cur (por qué) finem operantes.*
> *Quomodo (de qué modo) modum accidentalem quo exercetur actus.* En este caso sea acogiendo el *animus* como el grado de ejecución de la acción.
> *Quando (cuándo) temporis.*

A todas estas interrogantes (quién, qué, dónde, con qué medios, por qué, de qué modo, cuándo) referidas a las respecto de *circumstantiae humanarum actionum*, en relación especialmente con las *circunstancias de los hechos*, puede hallarse respuesta en el alegato, si bien solo parcialmente en cuanto al *ubi*, al *quibus auxiliis* y al *quomodo*. Sabemos, desde luego, que el hecho ha tenido lugar en el interior del Capitolio (*loci*) con la muerte de César como resultancia; sin embargo, Bruto elude toda referencia que nos permita conocer su ocurrencia. Es decir, el auditorio tiene constancia a través de las manos teñidas de sangre que exhibe el orador, pero su alegato no cuenta nada más acerca del hecho violento, cuya dinámica comisiva (curso de la escena en la que se produce un ataque *in promtu*, víctima indefensa, número de los atacantes, e *instrumentis* empleados) está *desnarrada*.

— Franjas para-argumentales. Así, por ejemplo, las relativas al ritmo narrativo de la argumentación. El alegato de Bruto es directo y plano; de tan uniforme, es monocorde y carente de compás; resulta monótono y hasta tedioso.

B. ALEGATO DE MARCO ANTONIO

— Para revestir la demostración de su argumento de razonamiento lógico Marco Antonio utiliza la forma del entinema, v.gr., silogismo condicional clásico, que ahora resulta del tipo deductivo *modus tollens*

> Por amor a Roma César debía morir si era ambicioso
> César no era ambicioso
> Por tanto César no debía morir por amor a Roma

— La técnica argumentativa consistirá en no refutar el argumento de autoridad de Bruto, su honradez, pero sí producir la inversión del mismo:

> El noble Bruto os ha dicho que César era ambicioso. Si lo fue, era la suya una falta, y gravemente lo ha pagado. Con la venia de Bruto y los demás —pues Bruto es un hombre honrado, como son todos ellos, hombres todos honrados— vengo a hablar en el funeral de César. Era mi amigo, para mí leal y sincero, pero Bruto dice que era ambicioso, y Bruto es un hombre honrado.

Para ello acude a un género oratorio epidíctico como es el panegírico, de acuerdo con la *apología de las glorias* de César que ha comprometido como tema de su oración fúnebre. Así pues, señala que César aumentó el bienestar de Roma; que era generoso con los pobres, entonces

> ¡La ambición debería ser de una sustancia más dura! […] No obstante, Bruto dice que era ambicioso, y Bruto es un hombre honrado.

Y aún añade que hasta por tres veces rechazó la corona real

> ¿Era esto ambición? No obstante, Bruto dice que era ambicioso, y, ciertamente, es un hombre honrado.

En consecuencia, si a pesar de lo dicho Marco Antonio no refuta a Bruto

> ¡No hablo para desaprobar lo que Bruto habló!

entonces César era un hombre ambicioso, pero de una ambición más noble que la del 'honrado' Bruto, de donde César era el hombre honrado, en tanto que Bruto, el ambicioso. Los conspiradores, por tanto, han cometido una injusticia con César.

> Si estuviera dispuesto a excitar al motín y a la cólera a vuestras mentes y corazones, sería injusto con Bruto y con Casio, quienes, como todos sabéis, son hombres honrados. ¡No quiero ser injusto con ellos! ¡Prefiero serlo con el muerto, conmigo y con vosotros, antes que con esos hombres tan honrados!

— Marco Antonio dispone de un elemento de prueba para verificar su argumento: el testamento

> Pero he aquí un pergamino con el sello de César. Lo hallé en su gabinete y es su testamento.

Lo importante, sin embargo, no es la disposición de dicha prueba documental, su evidencia material, sino *a)* el argumento que con ella se construye, esto es, el relato del amor del corazón de César hacia Roma, que además es formulado emotivamente como valor patriótico, *b)* la preparación del efecto probatorio mediante administración del conocimiento de su contenido, lo que la dota de mayor interés, más cuando avanza gradualmente cuál sería la reacción de los han sido instituidos herederos; incita el deseo público en abrir el testamento, al tiempo que se muestra reticente en hacerlo. Marco Antonio acudirá a revelar el contenido del testamento solo en el momento más idóneo para con su estrategia argumental, y *c)* el testamento no contiene una interpretación previa de los hechos, sino que se ofrece como la interpretación adecuada a los hechos que se cuentan por verdad.

> ¡Oiga el pueblo su voluntad —aunque, con vuestro permiso, no me propongo leerlo— e irá a besar las heridas de César muerto y a empapar sus pañuelos en su sagrada, sangre!
>
> […] ¡No debo leerlo! ¡No es conveniente que sepáis hasta qué extremo os amó César! Pues siendo hombres y no leños ni piedras, ¡sino hombres!, al oír el testamento de César os enfureceríais llenos de desesperación. Así, no es bueno haceros saber que os instituye sus herederos, pues si lo supierais, ¡oh!, ¿qué no habría de acontecer?
>
> ¿Tendréis paciencia? ¿Permaneceréis un momento en calma? He ido demasiado lejos al deciros esto. Temo agraviar a los honrados hombres cuyos puñales traspasaron a César. ¡Lo temo!

Lo valioso de la remisión constatativa es producir la verificación de la 'verdad' de los hechos contados, para lo cual la prueba ha de ser siempre un instrumento al servicio del relato de hechos.

— Marco Antonio refuerza la forma de atención planteada en la fase de exordio —"amigos romanos, compatriotas, prestadme atención"— empleando ya cercano a la conclusión una convención de modestia (*excusatio propter infirmitatem*) con la que trata de contrarrestar la arrogancia del argumento de autoridad de Bruto que le sirviera de refugio a su credibilidad.

> Los que han consumado esta acción son hombres dignos.
> ¿Qué secretos agravios tenían para hacerlo? ¡Ay! Lo ignoro. Ellos son sensatos y honorables, y no dudo que os darán razones. ¡Yo no vengo, amigos, a concitar vuestras pasiones! Yo no soy orador como Bruto, sino, como todos sabéis, un hombre franco y sencillo, que amaba a su amigo, y esto lo saben bien los que públicamente me dieron licencia para hablar de él. ¡Porque no tengo ni talento, ni elocuencia, ni mérito, ni estilo, ni ademanes, ni el poder de la oratoria, que enarde-

ce la sangre de los hombres! Hablo llanamente y no os digo sino lo que todos conocéis.

Marco Antonio se vale no del lenguaje sino de la imagen, poniendo, a la vista de todos, la exhibición patética del cadáver para emocionar con crueldad del resultado, a la vez que establece en esa conmoción la divergencia con la posición de los conjurados.

¡Os muestro las heridas del bondadoso César, pobres, pobres bocas mudas, y les pido que ellas hablen de mí! ¡Pues si yo fuera Bruto y Bruto fuera Antonio, ese Antonio exasperaría vuestras almas y pondría una lengua en cada herida de César, capaz de conmover y levantar en motín las piedras de Roma!

— El *argumento* del *discurso de los hechos*. Marco Antonio mantiene en relación el hecho como *resultancia* y el hecho como *ocurrencia*. Marco Antonio no habla de aquellos que han matado a César, sino de quienes han hundido sus cuchillos en el cuerpo de César. Refiere la dinámica comisiva, los hechos en acción, el medio utilizado en la producción de las heridas (quibus auxiliis), y lugar en que han sido inferidas. Se narra, haciéndolo además de manera explícita, no solo el resultado (acción de los hechos), conocido desde expuesto ante el pueblo el cadáver, sino los hechos en acción. Marco Antonio *revive* los hechos.

— Franjas para-argumentales. En las relativas al ritmo narrativo de la argumentación el alegato de Marco Antonio es indirecto, incluso desigual, pero hábil, seductor y lleno de cadencia. Esta apoya en reiteración de un patrón que viene dado a través de la ironía (eironeia) (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, pp. 507 y 552), del empleo de eficaces figuras retóricas (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, pp. 552 y 690) como la *antífrasis* para asociaciones inadecuadas o la *anáfora*, esto es, repetir periódicamente el mismo enunciado, v. gr., *Bruto es un hombre honrado*, *Bruto es amigo de César*.

Antes de terminar quisiera volver al texto de Shakespeare, y por extensión a lo fielmente adaptado por Mankiewicz, insistiendo en que la interpretación más extendida del relato dramático y del cinematográfico ha modificado la percepción de los hechos cuyo curso desembocó en el magnicidio de César. Naturalmente, no existe una sola vía interpretativa al leer el texto o visionar la película, y la recepción lectora o visual puede cambiar dependiendo del sujeto que lleva a cabo el acto de leer o ver. Tales cambios igualmente están vinculados a las circunstancias históricas que rodean dichos actos. Como leemos y vemos hoy, no leyeron o vieron en otro momento; ciertamente el público no es ajeno a las categorías epocales. Precisamente por ello es oportuno recodar que la obra de Shakespeare tuvo por público original uno sensiblemente consciente de los mensajes relativos a los conflictos de poder y modo de resolverlos embargados en la lucha que amenazaba desde posiciones católicas y radical-puritanas la supremacía real de Elizabeth. El público isabelino era sensible a este problema, y es lo cierto que su planteamiento alegórico por Shakespeare en Julius Caesar no le fue indiferente. Pero lo es también que el autor —no ignorante de la tratadística sobre el tiranicidio— en absoluto ofreció una respuesta a la cuestión de fondo, dejando también en la indefinición la propia posición política[21]. De ello es prueba la estructuración ambivalente del acto tercero, escena segunda, respecto a razones y emociones opuestas, salvo quizá en punto a que en una concepción del poder y la autoridad al que el derecho divino no le preste fundamentación, la decisión en torno a la licitud —política y moral— de la muerte del tirano quedará siempre en manos del pueblo.

6. ESCENA TERCERA: *A CIVIL ACTION*

Toma travelling

En el penúltimo párrafo de mi comentario a la anterior escena reseñaba en torno a las franjas para argumentales, subrayando la importancia del *ritmo*. Con ocasión del do-

cumento fílmico que ahora analizaré quisiera, en primer lugar, ampliar esa referencia. Seguidamente, introduciré algunas breves reflexiones sobre lo que anuncio como la falacia de la testifical como prueba "*narrativa*", así como el limitado alcance de su pretensión "*cognitiva*".

Respecto de lo primero, antes, sin embargo, una sucinta información acerca de la trama. Asistimos a un procedimiento civil entablado mediante acción de responsabilidad extracontractual en reclamación indemnizatoria de lesiones por las prácticas de determinadas corporaciones industriales presuntamente causales del envenenamiento por tricloroetileno de acuíferos que abastecen una ciudad, en la que se han producido diversos casos de leucemia con resultado de muerte. El abogado demandante en representación de los intereses de los afectados (*Class Action*, esto es, *Demanda de grupo* o *Acciones colectivas* de la Rule 23 Federal Rules of civil Procedure; *Representative action*, en el Derecho británico)[22], Jin Schkichtmann, protagonizado por John Travolta, rechaza la vía del acuerdo extrajudicial —propuesta de acuerdos reparatorios ofertada por la parte demandada (en la realidad, las empresas Beatrice Foods y W. R. Grace and Company)— optando por la dilucidación del asunto en juicio. Robert Duvall, en el papel del abogado Jerome Facher como asistencia letrada de la Beatrice Foods, logra ser apartado del procedimiento por la Corte Federal, y asimismo, como profesor universitario en Harvard, comenta a sus alumnos la experiencia y utilidad del juicio, y aconseja sobre ciertas estrategias a seguir en el desarrollo de un interrogatorio. He aquí sus palabras sobre lo uno y otro:

> El abogado de un demandante en un tribunal civil no lleva las de ganar. Piensen en eso un segundo. La posibilidad de sobrevivir una ruleta rusa es mejor que la de ganar un caso en juicio. Doce veces mejor ¿Por qué lo hacen entonces? No lo hacen. Llegan a un acuerdo. De los 780 mil casos que se presentan cada año solo 12 mil, o sea 1.5 por ciento, llegan a un veredicto. La idea de un juicio es llegar a un acuerdo. Obligar a la otra parte a un acuerdo. Para eso gastas más dinero del debido y los obligas a gastar más dinero. Y cualquiera de los dos que entra en razón primero pierde. Los juicios son una corrupción del proceso y solo los tontos con algo por probar acaban enredados en uno. Ahora, cuando digo "*probar*" no me refiero al caso. Me refiero a ellos mismos[23].

Creo que no son malos consejos. Bien conocida de quienes actúan en el foro es la *máxima de experiencia* de que "más vale un mal acuerdo que un buen pleito". Creer que toda solución a un conflicto jurídico pasa por un juicio es un craso error. La advertencia *de futuro* en proceder judicialmente, e incluso llegando a la misma interposición de demanda, con frecuencia opera, en conexión con la repercusión mediática de la admisión de aquella, un papel instrumental en orden a favorecer acuerdos de evitación del proceso. A menudo alcanzar un mal acuerdo —y tanto mejor si es un buen acuerdo— resulta mucho más rentable en tiempo, dinero y costes personales que emprender un bonito pleito. En la actualidad, además, existen alternativas jurídicas de resolución extrajudicial —institutos y servicios de mediación, arbitraje y conciliación[24], entre otras— que se muestran mucho más eficientes que el acudir a la tutela jurisdiccional. El principio de evitación del proceso también ha llevado a algunos ordenamientos a introducir la obligatoriedad del trámite de conciliación prejudicial. Aparte de ello, tampoco se ha de echar en olvido la exhortación a que el letrado no confunda los hechos con una ofuscación personal —o lo que sería más grave, con su propio orgullo— acerca de los mismos.

En cuanto al tema del interrogatorio, que es el que mayor interés aquí me suscita, en la cinta hallamos lo siguiente (track 1:00:06 a 1:01:11).

> FACHER (*a sus alumnos*).— La argumentación de un demandante depende del ritmo. Cuantas menos interrupciones tenga, mejor expondrá sus argumentos. Así que siempre que podáis, debéis protestar.

Schkichtmann, Facher y Cheeseman aproximados al estrado del juez Walter J. Skinner. Schkichtmann exponiendo la queja

SCHKICHTMANN.— Ayer dieciocho veces, hoy ya son 20, y ni siquiera son sus testigos, son de Cheeseman

FACHER.— No puedo no protestar cuando pregunta indebidamente. Desde el punto de vista de un artesano no hace más…

SCHKICHTMANN.— Intenta romper deliberadamente mi ritmo de argumentación

JUEZ: Yo no veo el problema.

[…]

FACHER (*a sus alumnos*).— Es Pertinente. ¡Protesto! Son Rumores. ¡Protesto! La mejor prueba. ¡Protesto! Es fehaciente. ¡Protesto! Si se durmieran en la mesa de la defensa lo primero que deben decir nada más despertar es ¿eh..,?

FACHER (*dormido en la mesa de defensa es despertado por su ayudante de un codazo, y con off los alumnos a coro*). — ¡Protesto!

Lo traigo a colación de la idea de *ritmo de la argumentación*, claramente, pero, asimismo, respecto a otras cuestiones que desearía abordar. El interrogatorio de testigos y peritos, dentro de la fase procesal de prueba, continúa siendo un ámbito poco explorado (Romero Coloma, 2001). Sin embargo, un todavía reciente —y muy riguroso— trabajo (Taranilla, 2012, pp. 169-230)[25] ha abierto una sugestiva perspectiva metodológica interdisciplinaria aportando análisis que, a no dudarlo, han de hallar pronto aprovechamiento por prácticos y científicos de Derecho procesal y de cultivadores de la Teoría de la Argumentación. Desde mis preocupaciones narrativistas, el aporte de esta investigación resulta un valiosísimo recurso del que ahora utilizaré solo una parte mínima, y en torno a lo cual propongo dos reflexiones.

Una, como ya he adelantado, se refiere a lo que denomino la falacia del carácter 'cognitivo' de la prueba de testigos. En mi opinión, allí se pregunta lo que ya se conoce a fin de conocer qué y cuánto de lo conocido conoce el interrogado, y eso cuando se trata de un testigo de los no propuestos por la parte que interroga, pues tratándose de testigo propio lo que la interpelación busca o provoca es básicamente una respuesta constatativa, si no meramente asertiva, de coincidencia al relato de hechos que se viene postulando.

A Civil action nos depara un ejemplo ilustrativo de fracaso del interrogatorio de Schkichtmann, abogado de la parte demandante, al Sr. Riley[26], y junto a ello una enseñanza no despreciable, brindada por el astuto y experimentado abogado Facher a sus alumnos, de la que podemos aprovechar:

FACHER (*a sus alumnos*).— Y una última cosa. A menos que sepan cuál será la respuesta… nunca jamás pregunten al testigo ''por qué''. Nunca[27].

Son los riesgos "narrativos" del *cur*; esto es, del *finem operantes*, del porqué, de la finalidad, y su equivalente —trasladándonos del *factum* al *ius*, de la construcción del *iudicium facti* al *iudicium iuris*— con el *motivo*, móvil o *animus*. El peligro se origina cuando se confunden —o se pretende confundir— el móvil con la razón justificativa. Pero más allá del deliberado o no propósito de involucrar uno en otra, lo que la lección de Facher muestra es la cautela a la hora de "preguntar" acerca de lo desconocido. En el interrogatorio, por tanto, apenas hay preguntas genuinas. Ello me reafirma en la idea de que el proceso no es un espacio cooperativo de búsqueda y hallazgo de la verdad de lo sucedido, y sí más bien de estrategias acerca de lo contado *por verdad* en los diferentes relatos que se cuentan *como verdad* de lo que sucedió o no sucedió. Esta percepción de estructuras narrativas en el proceso no me impide, sin embargo, cuestionar también la cantidad y calidad de información "narrativa" de prueba testifical. A través de los interrogatorios a testigos se obtiene la prueba histórica de un hecho obtenida *a sensu oritur*. No obstante, el testigo raramente no alcanza 'a contar' lo que vio, lo que oyó, pues a menudo no llega a formar una historia. El modo natural (ordo naturalis) del continuum narrativo es "roto" mediante preguntas que frecuentemente prefiguran la res-

puesta en un sí o un no, y que no cabiendo que sean objetadas por la otra parte, por estarle vedado intervenir, tampoco lo son por el juez o magistrado presidente. Lo normal es que el órgano judicial, en su función de ordenación del debate, solo intervenga para indicar que "el testigo ya ha respondido", tratándose de reiteraciones, o la impertinencia de lo formulado como extraño a la *quaestio disputata*. El control y veto sobre las preguntas capciosas o en las que el interrogador sugestiona o "dirige" la respuesta del testigo es menor. Mas sea como fuere, la utilidad de la respuesta es solo —o al menos básicamente— constatativa, asertiva, y no tanto narrativa. La historia, en el sentido narrativo, no *está* en esa fase procesal de práctica de la testifical, sino que se la construye en el alegato final (informe oral) mediante un relato que 'aprovecha' las respuestas afirmativas y/o negativas previamente obtenidas en la testifical, pero que allí aún no constituían un argumento construido. Admito como excepción la modalidad de interrogatorio en la que se formulan al testigo las llamadas "preguntas de recuerdo libre"[28]. Estas ciertamente dan pábulo a que en la respuesta ofrecida la cantidad y calidad de información pueda discurrir "narrativamente".

A su aceptación, y como derivada, propongo meditar en torno a si cabría admitir un tipo de interrogatorio en el que se utilizaran preguntas de —séame permitido llamarlas así— "desmemoria libre". (De hecho, aunque se trate de un argumento de autoridad, diré que tengo directa experiencia de que en órganos judiciales de los que he formado parte fueron efectivamente admitidas y hasta consideradas pertinentes, sin que mi queja tuviera acogida). Como es lo más imaginable estas "preguntas" se introducen en el turno del Ministerio Fiscal, y tanto pueda ser que se dirijan al acusado en el momento de su declaración, como a un testigo en el seno propio de la correspondiente fase probatoria; más que nada enuncian respuestas.

Sirva de ejemplo:

MINISTERIO FISCAL (*al acusado/testigo*)— Entonces Vd. no recuerda *Quis*
… no recuerda *Quid*
… no recuerda *Ubi*
… no recuerda *Quibus auxiliis*
… no recuerda *Quomodo*
… no recuerda *Quando*

Entonces Vd. nada recuerda de los hechos

Es claro para mí que el efecto pragmático de este discurso del antepuesto "no" en el "no discurso" del acusado o testigo desacredita la *versión tesis* de la parte adversa (Defensa), generando la intensificación de la narrativa postulada por el Ministerio Fiscal, cuyo valor de *versión hipótesis* se resemantiza en *versión de tesis*. En ello gravita el peso de sentido de una *retórica de la imparcialidad* de la que disfruta el Ministerio Público, y además goza en exclusivo. Convencido de que esto es así, me lo demuestra también que el recurso a preguntas de "desmemoria libre" no obtendrá un semejante efecto cuando se utilice por la Acusación Particular.

7. ÚLTIMA ESCENA: *A TIME TO KILL*

Toma única

Hemos de comenzar recordando que el informe oral que aquí examinaremos corresponde a un juicio por jurado —jurado de hechos— en la causa criminal que enjuicia el hecho de que Carl Lee Hailey, padre de una niña negra salvajemente violada, armado con un rifle de asalto, decidió tomarse la justicia por su mano matando a los violadores de su hija mientras estos eran conducidos al Juzgado. El alegato final presentado por el joven abogado blanco Jake Brigance en defensa del acusado, dice lo siguiente:

> Quiero contarles una historia. Les pediré que cierren los ojos mientras les cuento esta historia…. Quiero que me escuchen y se escuchen a sí mismos…. Adelante. Cierren los ojos, por favor…. Es la historia de una niñita que vuelve a su casa desde la tienda una tarde soleada. Quiero que se

imaginen a esa niña. Una camioneta se detiene, dos hombres se bajan y la raptan. La arrastran hasta un campo cercano…, y la atan. Le arrancan la ropa de su cuerpo. Ahora se montan, primero uno, luego el otro. La violan, destrozando toda su inocencia y pureza, depravadamente, entre un aliento de borrachera y sudor… Y cuando acaban, cuando ya han destruido su matriz, acabado con cualquier posibilidad de crear vida más allá de la suya, deciden utilizarla para el tiro al blanco y le lanzan latas de cervezas llenas, se las tiran tan fuertes que le desgarran la carne hasta romperle los huesos. Luego orinan sobre ella, y después la ahorcan. Tienen una cuerda, hacen un nudo. Imaginen la soga alrededor de su cuello y un repentino tirón. La levantan en el aire y sus pies y sus piernas se sacuden y no, no encuentran el suelo. La rama en la que la cuelgan no es lo suficientemente fuerte, se rompe y ella cae de nuevo al suelo. Vuelven a alzarla, la tiran en su camioneta y conducen hasta Foggy Creek Bridge. La tiran desde allí. Y ella cae unos 10 m hasta acabar en el riachuelo…. ¿Pueden verla? Golpeada, violada, el cuerpo roto, empapado en su orina, empapado en su semen, y en su propia sangre, abandonado para que muera ¿Pueden verla? Quiero que se imaginen a esa niñita (*sollozos*) Y ahora imaginen que es blanca…. La defensa ha terminado[29].

Pues bien, la secuencia permite dos reflexiones iniciales:

A) Sería —aparentemente— un buen ejemplo, o serviría a ese fin, para ilustrar ciertas críticas antinarrativistas[30]. En ese sentido, parecería trasladarnos la idea de que construir la *mejor historia* —casi como si habláramos de construir la *mejor respuesta*— desafía con éxito a la teoría de la prueba hasta convertirse en la *mejor prueba* de los hechos, así como que el dominio de ese *arte* contribuye en gran medida al triunfo en el proceso. No obstante, creo que es un error confundir el parámetro narrativo de la calidad de una historia (*una buena historia*) con las franjas para —narrativas de una historia admirable (*una bella historia*), que es lo que me parece que allí sucede. La secuencia examinada nos muestra, en realidad, *una bella historia* no *una buena historia*. En general la teoría narrativista del derecho, y de modo concreto mi posición dentro ella, en absoluto ha sostenido a la *razón narrativa* como un principio de *razón suficiente* para producir efecto probatorio. Lo que el narrativismo jurídico mantiene —como también se ha dicho más arriba en este mismo trabajo— es que la prueba ha de ser siempre un instrumento al servicio del relato de hechos. Por otra parte, no es infrecuente observar que los críticas al narrativismo adolecen de un prejucio antirretórico, de gran circulación y verdad, muy arraigado, consistente en reducir toda la retórica a la elocutio, al modo de 'contar la historia', de acuerdo con la ya rancia tradición crítica platónica (Fedro). No combatiré que el prestigio de la Retórica decayó por un 'recurso retórico' que es, paradójicamente, el más utilizado en esas críticas antirretóricas: la parte (elocutio) por el todo (Retórica). Pero la *Rhetórica* es más amplia, y es también *narratio*. El narrativismo considera que el proceso posee índole narrativa, y que en la interacción entre numerosos enfoques narrativos (versiones, inversiones, reversiones, conversiones sobre los hechos) que en él tienen lugar la *mejor historia* es siempre resultado de la *inventio* de una *buena historia* de los hechos.

B) La *historia de los hechos* en el alegato final que recoge la secuencia es enteramente falaz. Evidentemente los hechos allí contados no son los 'hechos' objeto de juicio. Puede tratarse de *una bella historia*, pero es una *extra-versión* de los hechos objeto de proceso. Que su relato permita la absolución del acusado, fuera de controvertible es, sobre todo, inverosímil. En paralelo la secuencia creo que sirve para plantear asuntos relacionados con el correction test. En específico, acerca de la pretensión de corrección en las decisiones judiciales; pretensión de corrección como pretensión de justicia. Pero, me pregunto: ¿estaríamos ante una incorrección moral extrema si el abogado defensor de quien decidió tomarse la justicia por su mano no obtuviera un veredicto de inocencia?[31]

Y al orden de apunte de las precedentes sumo otras tres, ya para terminar. Y son:

C) Pues si en todo caso interesa el funcionamiento —estrategia y técnica— de las franjas para —argumentales, anótese que la defensa se vale de la emoción— de nuevo volvemos a la emoción para componer —para-narrativamente— una historia admirable (*una bella historia*). Pero aún importará más comprender que utiliza una técnica valiosa, que sería injustificado silenciar. Y es que si los hechos en Derecho —y de modo especial en su contexto procesal— únicamente adquieren materialidad y, en su caso, estatus de "hecho jurídico", sino a partir de prácticas y técnicas discursivas, es decir, si los hechos son efecto de discurso, es así también que será en las *estrategias de la verdad* sobre los hechos en proceso, cuya construcción presenta la forma de un relato, donde apoye la estructura argumentativa del discurso; entonces *los hechos son las palabras con las que se cuenta ese relato*, y al fin el mejor argumento es 'contarnos a nosotros mismos' mediante imágenes en las que podamos reconocernos, es decir, que nos hagan imaginar(nos) en las palabras que mediante el relato apoyan la estructura argumentativa del discurso. El defensor emplea para ello palabras-imagen y/o imágenes-palabra que sirven para imaginar(nos) en 'negativo'; o lo que es igual, que solarizan el cliché (racista): "y ahora imaginen que [esa niña] es blanca".

D) Los hechos llegan al proceso *ex post*. No obstante, el alegato de la Defensa utiliza al relatarlos la forma verbal de presente. El tiempo del verbo es responsable de *carnalizar* la acción del infinitivo. La violencia de los hechos, más aún cada maltrato, vejación y ofensa, es verbalizada no en pasado, conforme correspondería al *Quando* en su *ordo naturalis* temporal, sino en tiempo de presente. El *in facto esse* se transforma en *in fieri*. La fuerza del relato de los *hechos en acción* aprovecha de esta franja para —argumental también reforzada con los adverbios de tiempo *ahora*, que denota inmediatez, y *luego*, y *después*, para disponer la sucesión temporal— con el fin de intensificar su efecto narrativo, que es así mucho más vívido, a la vez que potencia su *verosimilitud*.

E) Sin embargo, tampoco obviemos que el argumento de ese relato de imágenes 'invertidas' no iguala a la 'niña negra' con la *imaginada* 'niña blanca', sino que solo traza una *analogía* (argumento analógico) entre ambas. El *argumento analógico* es el construido en una inferencia "lógica válida" que traslada de lo particular a lo particular transportando la solución de un caso previsto a otro que no lo está.

(1) Si *p* entonces *q*
(2) No *p*, pero semejante a *p*
(3) Luego *q*.

Con todo, comoquiera que esa conclusión solo se produce bajo *criterios de plausibilidad* apoyados en la *comparativa de semejanza* —de ahí que sea también llamado argumento *a pari* o a simili— ello mismo implica que la analogía en realidad será siempre antes una estimativa, un juicio valorativo del caso considerado análogo, que propiamente un juicio lógico-formal de cuyo desenvolvimiento —esto es, de la trabazón de eslabones inferenciales del silogismo que unen una premisa a otra— devengue para la conclusión (3) una certeza mayor (fuerza lógica superior o certeza no controvertible en sentido wittgensteiniano) a la de la menor de sus premisas (2).

La analogía, por tanto, no hace a las niñas iguales e intercambiables, sino que únicamente las 'equipara'. Una niña negra no es igual a una niña blanca, y ello porque siendo negra ha de *imaginársela* (el *inventársela* del shakespearano *Figurémoslo así*) 'blanca'. El argumento, aunque voluntarista, creo que sigue 'contaminado' de discurso racista.

8. FIN

He reunido y presentado en estas páginas, a través de los cuatro documentos cinematográficos seleccionados, muy varias reflexiones sobre diversas estrategias argumentativas en la litigación de los hechos con aplicación específica a las estrategias y técnicas argumentativas

del alegato judicial. Confío haber movido en los lectores el interés intelectual por el discurso de los hechos, y por el cine como herramienta de pedagogía jurídica idónea para el debate crítico. El potencial de esta experiencia nos ofrece, además, inmejorables ocasiones para abordar el estudio del Derecho desde una `perspectiva interdisciplinaria, pues el exclusivo conocimiento de los marcos dogmáticos y la disponibilidad de modelos conceptuales no logra satisfacer su comprensión. Estos son ineludibles en la formación de un jurista, pero manifiestamente insuficientes si toda ella se limita a prepararles para actividades enumeradoras y clasificatorias. La utilización del recurso al cine reporta un beneficio contextual importantísimo devolviendo al derecho, también él parte de las humanidades, al acontecer social, cambiante y polimorfo, no estático y uniforme. La vida, es cierto, está más allá de la pantalla, pero se proyecta en ella educando la cromatina de nuestra mirada en una relectura crítica capaz de abrirla a abordajes que trascienden la visión de espectadores cómodamente sentados en la butaca jurídica, y con ello las percepciones simplemente no comprometidas.

Cuando el esplendor de esa estimulación se instala dentro de cada uno de nosotros mejora la inteligencia *vital* del Derecho. Y, ¿qué otra competencia hemos de perseguir, si no es esta, especialmente, en los momentos, esos tantas veces cotidianos, en que la fe en su triunfo es imperfecta?

NOTAS

1. Sobre este no debe quedar sin mención como fuente biográfica de "The Maguire Case" la obra de Maguire & Gébler (2008). Para un análisis de las lesiones constitucionalmente relevantes en "The Maguire Case" puede consultarse el Dabydeen (2004, pp. 47-73) ["Essay 5: The Maguire Case. A fatuos miscarriage of Justive that changad the FACE of UK legislation"].

2. Ahora también como Jakobs (1997, pp. 322 y 323).

3. Vid. *Caption Swap In the Name of the Father*. La indicación y duración de minutaje aquí y en adelante es accesible en: http://www.cswap.com/1993/In_the_Name_of_the_Father/cap/sr

4. Me parece de interés consignar el hecho de la escasa atención prestada por la doctrina procesal al "informe oral", del que tampoco aparece doctrina tribunalicia de enjundia. Existen, no obstante, trabajos de interés como el, a mi entender muy notable, de Majada (1991). Siguen a este los de Serrano Butragueño (1995), Llorca Ortega (2005) y Estalella (2005).

5. Como así lo considera Twining (1985; 1994, pp. 241). Igualmente Anderson & Twining (1998), y Anderson, Schum, & William (2005, § 5, pp. 113-114).

6. Vid. en este sentido Carpi (2003) Con menos perspicacia, aunque incorporando derivas interpretativas ciertamente sugerentes, Kornstein (2005, pp. 107 y ss.) [chap. 6. "Liberty! freedom! tirany is dead!"].

7. Vid. Barroll (1958); *Shakespeare's Plutarch* (1909, I) o Green (1979).

8. "[…] language is power and characters rise or fall in the basis of their ability to wield words" (Greene, 1980, p. 68).

9. "Pero cuando los ***conjurados*** apuñalan a César, no sabemos quién de ellos ha dado la estocada mortal, ni cuál de las 23 que recibió fue la definitiva: por el relato de Plutarco, sabemos que mientras Bruto Albino entretenía a Marco Antonio ***para*** que no evitara el magnicidio, Casca da inicio al plan y falla en su primer intento, que Bruto solo hiere a César en la ingle, ***y que, en definitiva,*** es tanta la confusión que hasta algunos conjurados reciben heridas al encontrarse unos tan cerca de los otros y acometer a un solo hombre. ***Ninguno de los conjurados habría realizado por su propia mano el tipo penal del homicidio***, ni dominaba el hecho de los otros, y sin embargo, todos respondieron con su vida por la del dictador, como si cada uno de ellos hubiese sido el autor de muerte" (Politoff, Matus & Ramírez, 2004, p. 415).

10. *Diccionario:* "El derecho de asilo se pierde en la noche de los tiempos, pues en la mas remota antigüedad pagana los templos, los altares, las estatuas de les dioses ó de los héroes y sus sepulcros eran los puntos donde se refugiaban los que eran abrumados u oprimidos por la violencia de los tiranos" (1854, p. 98).

11. Escribe González de Socueba: "Aunque entre los Griegos huvo corto numero de Afilos, y fe vsò el refugio à las Aras, y Estatuas de fus dioses; no fe trasladò, ni fuè conocida efta practica de los Romanos en todo el tiempo que durò la Republica; pero reducidos al gobierno de Emperadores, instituyeron vn femejante refugio à las estatuas de los Principes, cuya especie de Afylo fuè nueva entre ellos, como refieren Tacito, (*lib*. 3. *Annal*.) y Dion. **Cafio** (*lib*. 4.) pero antes folo fe concedìa a los Dioses" (González de Socueba, 1766, p. 26).

12. Así, III, i:
BRUTO.— *(Aparte)* Con vuestro permiso [Casio]. Yo mismo subiré primero a la tribuna y expondré los motivos de la muerte de César; diré que hablará Antonio; que cuanto diga lleva nuestro consentimiento y sanción, y que nos complacemos en que se tributen a César todos los ritos y ceremonias legales. Esto nos proporcionará más ventaja que culpabilidad.

13. Así el riguroso trabajo de Oliveira (2011).

14. Disponible en: http://www.cswap.com/1953/Julius_Caesar/cap/es, y http://www.cswap.com/1953/Julius_Caesar/cap/es/25fps/a/00_28

15. Aristóteles (1978, III, 3 429a). También en polémica con Platón, de éste entre los *Diálogos* particularmente *Filebo* (39 b), *Sofista* (235 b, 263-264), además de *República* (X), y *Timeo* (52b). Vid. Platón (1972).

16. Desde otra perspectiva Palmer (1970, pp. 403 y 407) evalúa esa falsa interpretación de la realidad como fascinación de tipo melancólico. Palmer discute allí el cap. X ("*Julius Caesar* and Tragedy of Moral Choice") de Whitaker (1953, pp. 241-250).

17. Perelman & Olbrechts-Tyteca (1989).

18. Traídas de la Literatura universal se mencionan y utilizan obras de Homero, Sófocles, Plauto, Dante, Cervantes y Shakespeare, Calderón de la Barca, Goethe, Milton, Carrol, Browning, Schiller, Poe o Beckett entre otros. Abundoso es el concurso de la literatura francesa clásica (Racine, Corneille, Molière), moderna e incluso contemporánea (Ronsard, Balzac, Verlaine, Rolland, Rimbaud, France, Gide, Proust, Bernanos, Colette, Marcel, Romains, Camus, Malraux, Saint-Exupéry, Aragon, Cocteau, Aymé…). También aparecen Baroja, Bowles y A. Reyes.

19. Sobre este modelo de argumento deductivo véase Weston (1994, pp. 80 y ss.).

20. También Kant (1994, p. 92). "obra solo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal".

21. Véase Miola (1985, p. 278).

22. Sobre la "class actions" y el Derecho europeo véanse trabajos como los de Trocker (2009), Riccio (2008), y "Dibattiti" de la *Rivista Contratto e Impresa* 1 (2011) en el que intervienen Ferrante (2011), Tamm (2011), Arnáiz Serrano & Feliú Rey (2011), y Martins (2011). Creo que respecto del Derecho español —como en general sucede con otros ordenamientos jurídicos continentales— cabe una semejanza muy limitada, nunca *sensu stricto*. Una aproximación a través de la figura jurisprudencial del litisconsorcio activo es, en efecto, muy relativa respecto de la normativa de legitimación prevista para la tutele la intereses colectivos señalada por el art. 11.2 de la LECv a "las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas te tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados", y en la de los intereses difusos (art. 11.3) a las asociaciones de consumidores y usuarios "que conforme a la Ley, sean representativas", según la modificación introducida por L 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de intereses de los consumidores y usuarios. En todo caso, los intereses colectivos o difusos en defensa de perjudicados por daños al medio ambiente —como fue la *action class* que en un nuevo procedimiento emprendió la Environmental Protection Agency contra la compañía que resultó apartada del procedimiento original— no están contemplados.

23. Track 48:10 a 49:06.

24. En el Derecho español véase el temprano RD-ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1979. En el ámbito familiar la mediación es cada vez una práctica más extendida. Existen asimismo proyectos para la ampliar la mediación al ámbito penal. Para una panorámica del arbitraba en Latinoamérica Virgós (2008).

25. [cap. 4. "Los interrogatorios: las narrativas a prueba"]. Me parece importantísimo el que se haya abierto el debate sobre temas como las características interaccionales del interrogatorio y la forma y función de las preguntas.

26. Track 1:01:47 a 1:02:55.

27. Track 1:03:02 a 1:03:09.

28. Vid. Taranilla (2012, 147).

29. El corte de imágenes está disponible en https://www.youtube.com/watch?v=sORPZMBfMks. Ofrezco no obstante el parlamento en su versión original, que transcribo desde la web *Caption Swap A Time to Kill* (http://www.cswap.com/1996/A_Time_to_Kill) en el track de minutaje comprendido entre 1:00:03 y 1:04:56, según figura desde http://www.cswap.com/1996/A_Time_to_Kill/cap/en/2_Parts/a/00_59 hasta http://www.cswap.com/1996/A_Time_to_Kill/cap/en/2_Parts/a/01_03#caption. El texto del alegato en la versión original sería así el siguiente:

Want to tell you a story. Please close your eyes while I tell it. I want you to listen to me. I want you to listen to yourselves. Go ahead. Close your eyes, please. This is a story about a little girl walking home from the grocery store one sunny afternoon. I want you to picture this girl. Suddenly a truck races up. Two men grab her they drag her into a nearby field and they tie her up. then rip off her clothes. They climb on. First one, then the other raping her shattering everything innocent and pure with a vicious thrust in a fog of drunken breath and sweat. And when they're done after they've killed her tiny womb murdered any chance for her to bear children to have life beyond her own they use her for target practice. So they start throwing full beer cans at her. They throw them so hard that it tears the flesh all the way to her bones. Then they urinate on her. Now comes the hanging. They have a rope. They tie a noose. Imagine the noose coiling tight around her neck, and a sudden blinding jerk. She's pulled into the air and her feet go kicking. They don't find the ground. The hanging branch isn't strong enough. It snaps and she falls back to earth. So they pick her up throw her in the back drive to Foggy Creek Bridge pitch her over. And she drops some 30 feet down to the creek bottom. Can you see her? Her raped beaten broken body soaked in their urine, soaked in their semen, soaked in her blood left to die. Can you see her? I want you to picture that little girl. Now, imagine she's white. The defense rests.

30. Véase Taruffo, (2007). También como Taruffo, (2009) [cap. 2. "Narrazioni processuali"].

31. Aunque la eventual discusión sobre el "mal positivo" excede al asunto de estas páginas, no me resisto a recomendar la lectura de Die Räuber (1781) de Friedrich Shiller, o Michael Kohlhaas (1811), de Heinrich von Kleist, y en todo caso de episodio cervantino de Roque Guinart (*Quijote*, II, LX "De lo que sucedió a don Quijote yendo a Barcelona"), donde se dice: "[…] realmente le confieso que no hay modo de vivir más inquieto ni más sobresaltado que el nuestro. A mí me han puesto en él no sé qué deseos de venganza, que tienen fuerza de turbar los más sosegados corazones. Yo de mi natural soy compasivo y bienintencionado, pero, como tengo dicho, el querer vengarme de un agravio que se me hizo, así da con todas mis buenas inclinaciones en tierra, que persevero en este estado, a despecho y pesar de lo que entiendo; y como un abismo llama a otro y un pecado a otro pecado, hanse eslabonado las venganzas de manera que no solo las mías, pero las ajenas tomo a mi cargo".

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANDERSON, Terence y TWINING, William L. (1998). *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's science of judicial proof*. Evanston: Northwestern University Press.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William (2005). *Analysis of evidence* [1991]. (2ª ed). Cambridge: Cambridge University Press.

AQUINO, Tomás de (1960). *Summa Theologica*. (Francisco Barbado Viejo et al., trad.). Madrid: La Editorial Católica.

– (2009). *Quaestiones disputatae. De malo*. Barthold, Peter & Claudia (eds.). Mülheim: Dosel Carthusianis Verlag.

ARISTÓTELES (1978). *De anima* (Tomás Calvo Martínez, trad.; 3ª reimpág.). Madrid: Gredos.

– (1985). *Ética a Nicómaco* (Julio Pallí Benet, trad.; notas de Emilio Lledó Íñigo) Madrid: Gredos.

ARNÁIZ SERRANO, Amaya y Feliú Rey, Manuel Ignacio (2011). Class actions: l'esperienza spagnola. *Contratto e Impresa,* (1), pp. 43-57.
BARROLL, Leed J. (1958). Shakespeare and Roman History. *Modern Language Review,* (53), pp. 327-343.
BLOOM, Harold (2001). *Shakespeare: la invención de lo humano* [1998].(Tomás Segovia, trad.). Bogotá/Buenos Aires/ Barcelona: Grupo Editorial Norma.
CALVO GONZÁLEZ, José (1993). *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa* (2ª ed., 1998). Madrid: Tecnos-
– (1996a). *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho.* Barcelona: Ariel.
– (1996b). *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces.* (2ª ed. corr. y aum. 2002). Málaga: Ágora.
– (1999). "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* (76), pp. 27-54.
– (2002). "Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio". En Zapatero, Virgilio (ed.). *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel* (T. II, pp. 93-102). Madrid: Universidad de Alcalá de Henares. [Asimismo en: Valle Rojas, Carlos Felimer del, et al. (eds.) (2008). *Contrapuntos y entrelíneas sobre cultura, comunicación y discurso* (pp. 333-343). Temuco (Chile). Universidad de La Frontera (EDUFRO)]
– (2007a). "Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (15), pp. 1-22. [Asimismo en V.V.A.A. (2008). *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba (*T. II, pp. 223-261), Madrid: Dykinson ("Teoría y metodología del Derecho")].
– (2007b). *Octroi de sens. Exercices d´interprétation juridique-narratif.* Québec (Canada): Universitè Laval.
– (2008a). "La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde un enfoque narrativista del Derecho". En Calvo González, José (dir.) (2008). *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho* (pp. 363-389), Granada: Comares. [Asimismo en (2008). *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso. Chile) (26), pp. 221-256; y como "El modelo de controversia fáctica en la audiencia preliminar (una visión narrativista acerca de qué y cómo conocemos sobre los hechos en litigio)". *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (Sociedad Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Buenos Aires) *VI* (6), pp. 191-222; y finalmente con título de (2010) "A controvérsia fática: contribuçao ao estudo da *quaestio facti* a partir de um enfoque narrativista do Direito". En Trindade, André Karam, Gubert, Roberta y Copetti Neto, Alfredo (org.). *Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade* (pp. 237-268). Porto Alegre: Núria Fabris].
– (2008b). "Sobre Hermenéutica jurídica y Relato. Notas para una ilustración narrativista acerca de di-versiones y extra-versiones interpretativas". En Calvo González, José (dir.) (2008) pp. 471-477.
– (2011). "Hechos como argumentos: teoría narrativista y argumentación jurídica". En Milagros Otero Parga (ed.) (2011). *Tópica, Retórica y Argumentación en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy (*pp. 111-121), Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
– (2013): *El Escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho*, Granada: Comares.
– (2013a). "*Constitutional Law* en clave de teoría literaria: una guía de campo para el estudio". En Calvo González, José (2013) (pp. 323-332).
– (2013b). "Dickensiana. En torno a una crónica de tribunales, con digresiones". En Calvo González, José (2013), (pp. 239-251).
– (2013 c). *Direito curvo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
– (2013d). "Por uma teoría narrativista do Direito" (Dino del Pino, trad.). En Calvo González, José (2013c) (pp. 41-57)
CANFORA, Luciano (1999). *Giulio Cesare: il dittatore democratico*. Roma: Editori Laterza.
CARPI, Daniela (2003). "Law and Sedition in *Julius Caesar*". En Daniela Carpi (ed.). *Shakespeare and the Law* (pp. 103-115). Ravenna: Longo.
CICERÓN (1997). *De inventione rhetorica*.(introd., trad. y notas de Salvador Núñez). Madrid: Gredos.
CONLON, Gerry (1990). *Proved Innocent: the story of Gerry Conlon and the Guildford Four*. London: Hamish Hamilton.
CRIDER, Schott F. (2009). *With what persuasion: An essay on Shakespeare and the ethics of rhetoric*. New York: Peter Jang.
DABYDEEN, Sally Ramage (2004). *Civil Liberties in England and Wales: Essays*. New York: Lincoln, iUniverse Inc.,
Diccionario (1854). *Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*: contiene todo lo que puede dar un conocimiento exacto, completo y actual de los cánones… y de varias disposiciones relativas al culto y clero… y particularmente todo lo comprendido en el derecho canónico bajo los nombres

de personas, cosas y juicios eclesiásticos aumentado con numerosas adiciones y artículos nuevos, Librería de Rosa y Bouret [Impr. Walder], Paris.
ESQUILO (1990). *Tragedias* completas. (ed. y trad. de J. Alsina Clota). Madrid: Cátedra.
ESTALELLA, Jordi (2005). *El abogado eficaz. Cómo convencer, persuadir e influir en los juicios*. Madrid: La Ley.
FERRANTE, Edouardo (2011). "La nueva 'azione di classe' in Italia". *Contratto e Impresa,* (1), pp. 1-29.
FUZIER, Jean (1974). "Rhetoric versus Rhetoric: A study of Shakespeare's *Julius Caesar*, Act 3 Scene 2". *Cahiers Elisabéthains*, pp. 25-65.
GONZÁLEZ DE SOCUEBA ARIAS FUSTERO, Fernando (1766). *Instruccion manual para la mas breve expedicion de los casos practicos, y disputas de inmunidad local*: noticia historica de su origen, progressos, y estado a la inteligencia de las mas modernas constituciones pontificias que escribia D… en que se explican los casos exceptuados, en que los reos no gozan inmunidad por derecho canonico… Imprenta del doctor Domn Geronymo de Castilla, Sevilla.
GREEN, David C. (1979). *Plutarco revisited: a study of Shakespeare's las Roman tragedias and their source*, Institut für anglistik und amerikanistik. Universität Salzburg, Salzburg.
GREENE, Gayle (1980). "Poweof Speech/ To Stir Men's Blood: The Language of Tragedy in Shakespeare's *Julius Caesar*", *Reinassance Drama,* (11), pp. 67-93.
HARR, Jonathan (1995). *A Civil Action*, Randon House, New York.
HART, H. L. A. (1968). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford.
JAKOBS, Günther (1985). "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgütsverletzung". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (97), pp. 751-785.
– (1997). "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico". (Enrique Peñaranda Ramos, trad.). En Id. *Estudios de Derecho penal* (pp. 293-324), Madrid: UAM Eds./ Edit. Civitas.
KANT, Inmanuel (1997). *Crítica de la razón práctica. (*Emilio Milana y Villagrasa y Manuel García Morente, trad.; 1997, 3ª ed.). Salamanca: Eds. Sígueme.
– (1994) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* (10ª ed., trad. y ed. de Luis Martínez de Velasco). Madrid: Espasa-Calpe.
KORNSTEIN Daniel J. (2005). *Kill all the lawyers? Shakespeare's legal appeal*, Lincoln: University of Nebraska Press.
LÓPEZ MOREDA, Santiago (1994). "Séneca y Suetonio en Julius Caesar de W. Shakespeare". *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos, (*6), pp. 133-145.
LLORCA ORTEGA, José (2005). *El abogado ante el informe oral en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
MAJADA, Arturo (1991). *Técnica del informe ante juzgados y tribunales. Oratoria forense.* Barcelona: Edit. Bosch.
MAGUIRE, Patrick & GÉBLER, Carlo (2008). *My Father's Watch: The story of a child prisoner in 70s Britain*. London: Fourth Estate.
MARTINS, Alfonso d´Oliveira (2011). "Class actions in Portogallo: alguni aspetti". *Contratto e Impresa* (1), pp. 58-68.
MIOLA, Robert S. (1985). "*Julius Caesar* and the Tyrannicide Debate". *Renaissance Quarterly, 2* (38), pp. 271-289.
OLIVEIRA, Mara Regina de (2011). "Direito, argumentação e poder em *Julio César*". En Cancellier de Olivo, Luis Carlos (Org.). *Anais I Simpósio de Direito & Literatura* (vol. I, pp. 25-65). Florinálopis: Fundação Boiteux.
ORNSTEIN, Robert (1958). "Seneca and the Political Drama of *Julius Caesar". Journal of English and Germanic Philology,* 57, pp. 51-56.
PALMER, David J. (1970). "Tragic Error in *Julius Caesar*". *Shakespeare Quaterly*, 4 (21), pp. 399-409.
PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* [1958] (trad. Julia Sevilla Muñoz). Gredos, 1970.
PLATÓN (1972), *Obras completas* (trad., preámbulos y notas de María Araujo et al.). Madrid: Aguilar.
Diálogos particularmente *Filebo* (39 b), *Sofista* (235 b, 263-264), además de *República*, X, y *Timeo* (52b).
PLUTARCO (1579). *The Lives of the noble Grecians and Romanes, compared together by Plutarke of Chæronea* (translated out of Greeke into French by J. Amyot, Bishop of Auxerre, and out of French into Englishe by T. North). (*The Lives of Annibal and Scipio Africa* [by D. Acciajuoli], translated into French by C. de la Sluce, and Englished by T. North), T. Vautroullier and J. Wigth, London.
– (1574): *Les vies des hommes illustres grecs et romains, comparées l'une avec l'autre par Plutarque de Chaeronée*, translatées de grec en françois par Messire Jaques Amyot lors Abbé de Bellozane, à present Eveque d'Auxerre, Conseiller du Roy, et grand aumosnier de France, et depuis en ceste édition reveuës et corrigées en infinis passages par le mesme translateur, à l'aide de plusieurs exemplaires vieux, escrits à la main, et aussi du jugement de quelques personnages excellens en sçavoir. Ausquelles sont adjoustées de nouveau les vies de Annibal et de Scipion l'Africain traduites de latin en françois par Charles de l'Escluse. En ceste seule edition sont mises toutes leurs medailles diligemment recerchées par tous les plus excellens cabinets du Royaume de France et ailleurs, François Le Preux, Lausanne.

POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General.* Santiago: Jurídica de Chile.
QUINTILIANUS, Marcus Fabius (1971). *Institutionis oratoriae libri XII. Pars Prior, Libros I-IV.* (Radermacher, Ludwig, ed.; addenda et corrigenda collegit et adiecit Buchheit, Vinzenz, B.G.) Leipzig: Teubner Verlagsgesellschaft.
RICCIO, Angelo (2008). "L' 'Azione collettiva risarcitoria' no è, dunque, una class action". *Contratto e Impresa,* (2), pp. 500-527.
ROMERO COLOMA, Aurelia María (2001). *Problemática de la prueba testifical en el proceso pena*l. Madrid: Civitas.
SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (1995). "El informe, el acta de juicio: el derecho a la última palabra" (pp. 481-554). En Moreno Verdejo, Jaime (coord.). *El juicio oral en el proceso penal. (Con especial referencia al procedimiento abreviado).* Granada: Comares.
SHAKESPEARE, William (1885). *Julio César* (versión castellana de Guillermo Macpherson, con un estudio preliminar de Eduardo Benot; Luis Navarro, ed.). Madrid, t. 1.
– (1922). *La tragedia de Julio César* (trad. de Carlos Navarro y Lamarca). Madrid: Tip. de la "Revista de Archivos".
– (1990). *Julio César* (trad. y ed. de Angel-Luis Pujante). Madrid: España-Calpe,.
SHAKESPEARE (1909). *Plutarch* (2 v.; Tucker Brooke, Charles Frederick, ed.). New York/ London: Duffield & Co./ Chatto & Windus.
SHRRATT, Peter (1971). "A Rare Edition of Amyot's Plutarch". *Forum for Moderm Language Studies VII*, (4), pp. 409-412.
TAMM, Marina (2011). "La tutela collettiva nel diritto processuale tedesco", *Contratto e Impresa,* (1), pp. 30-42.
TARANILLA, Raquel (2012). *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal.* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur. Pamplona.
TARUFFO, Michele (2007). "Narrativas judiciales" (trad. de Verónica Undurraga Valdés). *Revista de Derecho, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales 20*, (1), pp. 231-270.
– (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti.* Bari-Roma: Editori Laterza.
TROCKER, Nicolò (2009). "Class actions negli USA e in Europa?". *Contratto e Impresa,* (1), pp. 178-229.
TWINING, William L. (1985). *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicolson Publishers.
– (1994). *Rethinking evidence. Exploratory essays*. Evanston: Northwestern University Press.
WESTON, Anthony (1994). *Las claves de la argumentación* [1987] (trad. de Jorge Malem Seña). Barcelona: Ariel.
VIRGÓS, Miguel (2008). "El arbitraje en Latinoamérica: balance del año", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez),* (19), pp. 112-116.
WHITAKER, Virgil K. (1953). *Shakespeare´s Use of Learning: An Inquiyí into the Growth of His Mind & Art*, Sam Marino. Cal. San Marino: The Huntington Library.
WIGMORE, John (1937). *The science of judicial proof: as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials* (3ª ed. rev- and enl.). Boston: Little, Brown & Co..
– (1940). *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at Common Law* (3ª ed., v. I) [1915, 1923]. Boston: Little, Brown & Co.

Fecha de recepción: 11 de junio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014.

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

THE *ΔΟΓΜΑ* AND THE DEFINITION OF LAW IN D.1.3.2. REGARDING DEMOSTENES' DEFINITION.

José Miguel Piquer Marí

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.

ABSTRACT

This articles aims to contribute to the discussion within legal epistemology, and particularly its dogmatic. Its main focus is the study of the evolutionary setting of the dogma within the Greek resources, and so on, we confirm that, with an approach and an integration of the dogma in the legal framework, this becomes a rule of conduct frequently accepted, which is composed with individual and individualized opinions.

KEYWORDS

Dogma, Evolution, Rule, Individual opinions, Agreement

EL *ΔΟΓΜΑ* Y LA DEFINICIÓN DE LEY EN D.1.3.2.

A propósito de la definición de Demóstenes

José Miguel Piquer Marí
Ayudante Doctor
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción y texto jurídico. 2. Etimología del término δόγμα. 3. Su utilización y significado en las fuentes griegas hasta el s.IV a.C. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN Y TEXTO JURÍDICO

En el *Digesto* de Justiniano aparece un testimonio de Marciano[1] recogido en D.1.3.2 bajo el título *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* —De las leyes, los senadoconsultos y de las costumbres inveteradas—. Esta ubicación nos lleva a pensar que, para los compiladores, el fragmento del jurista tardo clásico debía de sistematizarse entre las que hoy llamaríamos fuentes de conocimiento del Derecho

Veamos el fragmento que recoge las definiciones de ley que dan Demóstenes y Crisipo, "*Pues también la define —la ley— así el orador Demóstenes: Ley es aquello a que conviene que todos obedezcan, así por otras muchas razones, como principalísimamente porque toda ley es invención y don de Dios, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que voluntaria o involuntariamente se cometen, pacto común de la ciudad, a cuya prescripción deben ajustar su vida todos los que moran en aquella República.*

Mas también Crisipo, filósofo de suma sabiduría estoica, comienza así en su libro que compuso acerca de la ley: la Ley es reina de todas las cosas divinas y humanas. Conviene, pues que para buenos y malos sea presidente, y príncipe y caudillo; y que conforme a esto sea regla de justos e injustos, y de aquellos animados que por naturaleza viven vida civil, preceptora de lo que debe hacerse, y prohibidora de lo que no se debe ejecutar".

Resulta curioso que Marciano exponga en pleno s. III d.C. dos definiciones de ley con dos orientaciones prácticamente contrapuestas y que pueden situarse entre las postrimerías de la época helénica, con Demóstenes, y el pleno helenismo, con Crisipo; lo que hace que el texto sea sumamente interesante no solo para la historia jurídica y del Derecho Romano, sino también para la Filosofía del Derecho, perspectivas que, conjuntamente, pueden aportar luz a la realidad y al sentido del texto.

Son muchos los puntos de vista desde los que el texto se puede someter a análisis; sin embargo, hay uno que nos ha parecido sugerente y que ha motivado el presente trabajo.

Nos referimos a la perspectiva de HERBERGER, quien, en su obra *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* Frankfurt am Main 1981, afirma que la ley es, jurídicamente, un subcaso de los dogmas —Unterfall des *Δόγμας*—. Nuestro autor llega a esta conclusión al rastrear en las fuentes médicas y filosóficas del s. IV a.C. y encontrar una supuesta relación entre la *téchne iatriké* (técnica médica) y la formación de los dogmas, para pasar de ahí al mundo de la filosofía y del Derecho.

Esta tesis es, como puede observarse, muy sugerente pero exige un trabajo más amplio y profundo en el que se analice la posible relación Derecho-Filosofía-Medicina y que sobredimensionaría el presente estudio en la sección VARIA de esta Revista. Ello no es óbice para que realicemos una primera aproximación al tema en cuestión y pongamos el acento en la búsqueda del significado etimológico e histórico del término δόγμα como primera pieza de un posterior estudio.

Este es el objeto del presente trabajo: "delimitar la formación conceptual del término dogma mediante el análisis etimológico, el estudio evolutivo y orgánico de su significado y el examen de su uso en las fuentes griegas del s. IV a. C.".

Conviene señalar que la acotación temporal se justifica por la figura de Demóstenes, y el ámbito helénico por ser este el espacio cultural en el que surge el término para pasar, de ahí, a la cultura latina.

2. ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO ΔΌΓΜΑ

Señala HERBERGER la existencia de una tendencia a vincular el término δόγμα, principalmente, con el campo de la teología dogmática. Sin embargo, esta consideración no es del todo ajustada a la realidad histórica del pensamiento ni del Derecho, pues cuando buceamos en las fuentes clásicas, observamos que existe una aproximación entre δόγμα y Derecho.

La base de este trabajo es básicamente arqueología textual tanto de las fuentes jurídicas como de las corrientes del pensamiento filosófico y científico de la antigüedad en la búsqueda de los restos con los que se ha conformado la relación entre derecho y δόγμα.

Ello nos obliga a trazar un camino cuya primera baldosa exige la aproximación al significado del término δόγμα recogido en las fuentes históricas. Con ello, podremos exponer una panorámica semántica con la que aprehender, en toda su dimensión, el significado de δόγμα, sea en su lengua originaria, la griega (1), sea latín (2).

1) La profundidad de la cultura y del pensamiento griego es, qué duda cabe, una de las mayores riquezas de nuestra cultura occidental; riqueza que también se muestra como un campo minado para cualquier investigador que pretenda acercarse a conocer, siquiera someramente, cualquier ámbito concreto de su pensamiento.

Para esta aproximación al mundo cultural griego, la ciencia de la etimología nos ofrece una herramienta valiosa para afrontar la tarea de arqueología lingüística, pues nos permite ver cómo, poco a poco, desde las oscuridades del lenguaje, se abre un abanico de significados que van sucediéndose orgánicamente[2] desde la más estricta materialidad hasta la formación de conceptos abstractos, y fijarse de este modo lo inmaterial[3].

Etimológicamente, el término δόγμα, al igual que δόξα, proviene de δοκέω que, a su vez, es un deverbativo de δέχομαι (en griego ático, con sus derivaciones en jónico, eólico, cretense: δέκομαι[4]) cuya raíz más primitiva proviene del indoeuropeo *dek-, dok*[5]*-*, que significa "tomar", "aceptar".

Precisamente, la idea que subyace en los significados "tomar" y "aceptar" es el substrato ideológico que encontramos en las diversas

formas lexicales según van evolucionando hasta llegar a nuestro término.

Del origen y significado nuclear del término en su fase indoeuropea, damos un paso más hacia delante en la evolución léxica con el término δέχομαι (*dekomai*) y del cual se derivan multitud de variantes que tienen como significado matriz "tomar", "aceptar", "recibir"; de un modo más concreto, aceptar graciosamente[6].

Parece que este verbo trata de significar el acto que tiene a las cosas como objeto de una acción[7]. Este acto evidencia un mayor interés, a efectos de nuestro estudio, cuando el sujeto pasivo de la recepción de ese objeto externo es el hombre y su mente el receptáculo; es decir, cuando el término δέχομαι se refiere a aquello que se recibe mentalmente, que se toma o acepta sin resistencia (of mental reception, take, accept without complaint)[8]. En definitiva: *que se percibe*.

Este sentido, referido al ámbito mental, es especialmente interesante, pues toma a alguien como sujeto de una acción que consiste tomar o aceptar pasivamente a partir de un objeto. Por tanto, se refiere, en última instancia, al acto por el que se llega recibir en nuestra mente algo externo a nosotros, lo que significa que se percibe *in mente* y que queda conformado en ella.

Se puede observar que nuestro término, en este punto evolutivo, está preñado, si se nos permite la expresión, de materialidad, si como tal consideramos la mera actividad mental de percepción. No hay abstracción y sí mera percepción.

A partir de este significado, se va produciendo un proceso de abstracción de lo que se percibe en nuestra mente en el que, poco a poco, lo que se recibe o toma mentalmente en esa fase inicial se va intelectualizando hasta quedar fijado inmaterialmente en las palabras.

De este modo llegamos, por esta vía, al término δοκέω, el cual muestra evidencias de un proceso de intelección y abstracción carente, no obstante, de la tecnificación específica y exclusiva que se le supondría si estuviésemos ante un concepto propio de una ciencia o de un saber. Se trata de un concepto que encierra un cierto grado de abstracción pero que se utiliza en ámbitos tan dispares de la cultura como la retórica, la historia, el arte dramático y la filosofía, tal como ejemplificaremos a continuación.

Así pues, consultando el diccionario de LIDDELL-SCOTT[9], se aprecia que el primer significado genérico de δοκέω es "pensar", "suponer", "imaginar"; se trata de significados que exigen una actividad mental que va más allá de la mera "recepción mental pasiva"; un más allá del mero percibir, ya que exigen una transformación mental de lo recibido.

Como corroboración de este sentido, entresacamos varios testimonios de las fuentes griegas como se observa en el drama *Electra* de Sófocles[10], quien pone en boca de Orestes la afirmación de que piensa —δοκῶ— que las palabras son provechosas, si no causan daño. Más vivamente nos encontramos con este significado en las palabras de Tecmesa[11], personaje de *Ajax,* quien expresa el contraste entre lo mental —δοκεῖν— y lo sentido al vivo —φρονεῖν— en el ámbito de la praxis. También Platón, en Protágoras, (315e), dice que el hombre le *parece* como omnisciente; también lo hace Jenofonte[12] en la Anábasis, cuyos personajes se preguntan acerca de qué *se piensa* sobre los cerasuntianos.

Antifón[13] utiliza asimismo este término en su primera Tetralogía, una obra de retórica para expresar el resultado de una *apreciación probable*; pues afirma que no *cree* que sea probable que alguien que vea de noche un cuerpo retorciéndose antes de morir no huya antes de identificar a los asesinos poniendo con ello en peligro su vida.

Precisando un poco más el sentido de, y buscando matices que lo signifiquen mejor, vemos cómo tiene tres matices interesantes:

Primero, la palabra δοκέω puede significar "tener o formar una opinión"[14], sentido que

evidencia y exige una actividad racional como elemento intelectivo que transforma aquello que recibimos en nuestra mente, como afirma Sócrates en Fedro[15]; y también el primer servidor, en la obra *Pax*, de Aristófanes[16], cuando dice dice: *"Soy de la opinión…"*. Podemos pues afirmar que con el término δοκέω ya no se pretende significar un mero recibir pasivamente sino que es *una opinión formada*; *un pensar*. El término supone un objeto, que es el centro de una actividad intelectiva, que se reproduce (recibe) en nuestra mente para forjar *nuestra* opinión y un *parecer propio*. Por tanto, el término δοκέω ha evolucionado hacia una actividad intelectiva que se produce como consecuencia del pensar en lo que se *recibe* —*percibe*— pasivamente en nuestra mente para generar una *opinión* o un *parecer*.

Segundo, el término sirve para expresar un elemento volitivo unido a aquello que se *cree* o se *opina*, por cuanto significa: "estar determinado o resuelto a" o "tener la intención o el propósito de hacer algo", como por ejemplo, cuando *Bdlicleón* dice en *Avispas*[17] que se tiene que decidir —δοκῶ— a "entrar y sacar asno". O para afirmar que algo se considera conveniente, tal como afirma Esquilo en *Siete contra Tebas*[18].

Por último, nuestro término también comprende el sentido subjetivo de "parecer" respecto de un objeto —of an object seem— con diferentes matices, por ejemplo, "parecer bueno", "es un placer". A su vez, éste sentido engloba otro interesante: "cuando se decretó o se resolvió", como se observa claramente en Jenofonte[19], quien se refiere a una decisión tomada y publicada; por tanto, no es sólo lo que se piensa o parece, una simple opinión, sino que se trata un parecer que adopta una forma externa, no como mera decisión, sino como decisión que se publica para que sea conocida por todos: esto es, no es solo que *parece* sino que *parece bueno*, lo que nos lleva a resoluciones o decretos que se puedan considerar como buenos, lo que resulta más interesante ya que encierra un elemento ético.

El campo semántico de δοκέω muestra significados emparentados entre sí, pero con matices distintos que se evidencian en el siguiente estadio evolutivo del término.

Así, de este término se derivan otros dos: por un lado, δόξα[20], término que, como es de sobra conocido, pone su acento en la opinión y, con ello, en un campo preñado no sólo de subjetivismo sino de racionalismo.

Por otro lado, nuestro término, δόγμα [21], se ubica en esta línea evolutiva hacia la abstracción como sustantivo verbal de δοκέω, sustantivación que, como dice SNELL[22], permitirá proporcionar "al pensamiento 'objetos' definidos en la lengua científica y filosófica": "lo" pensado, "lo" decidido, "lo" opinado, podríamos llegar a decir.

Según señalan LIDDELL-SCOTT[23], δόγμα tiene dos significados genéricos: opinión y determinación, que, a su vez, agrupan especies más concretas del término. Así, tenemos las siguientes acepciones:

a) "That which seems to one, opinion or belief"; sentido al que acompañan el de "philosophical doctrines" y el de "notion".

b) "Decision, judgement", al que acompañan "public decree, ordiance"y ya, de forma más específica, aplicado al Senadoconsulto romano.

Podemos traer a colación algunas precisiones que realiza ELZE[24], quien coincide con esta dicotomía de significados. Sin embargo, la autora precisa un poco más al afirmar, respecto del primer sentido, que, si bien se encuentra en Platón, es un concepto que se construye bajo la Stoa, por tanto, en pleno helenismo. Respecto al segundo sentido, ELZE considera que en un contexto jurídico se refiere a "was jemanden gut dünkt"; esto es, lo que uno considera bueno, lo que entronca claramente con el campo semántico de δοκέω que introduce el elemento ético.

En nuestra opinión, a partir de un tronco común que llega hasta δοκέω, se produce una separación que da lugar a dos sentidos dis-

tintos y, de ahí, a dos términos, uno de ellos vinculado a la opinión —δόξα— y el otro, δόγμα; el cual, a su vez, comprende dos sentidos: uno, más vinculado al ámbito teórico de una doctrina del saber filosófico o científico, y el otro perteneciente al ámbito de las decisiones o disposiciones que son buenas, cuya base es la opinión y que trascienden del mundo de lo doctrinal al mundo de lo jurídico o político, esto es, a la organización social.

Esta dicotomía de significados, que señalan LIDDELL-SCOTT, se halla confirmada en otro vocablo, *dogmat-ías,* que se refiere, con connotaciones similares, a las anteriores: "decree by ordinance" o "submit to ordinances" y, referido al ámbito del saber como "of or for doctrines, didactic", sentido que se subjetiviza con *dogma-tikos,* entendido como *aquellos que se rigen por principios generales*.

Observamos cómo en el término δόγμα no solo se ha producido la mayor de las abstracciones al configurarse como principio o noción, en términos filosóficos propios de una doctrina, sino que también se objetiviza y formaliza externamente en una decisión o juicio, y llega al mayor de los modos de formalización: el jurídico, al aparecer como *public decree* u *ordinance.*

A modo de recapitulación, la etimología griega muestra cómo lexicográficamente se produce una evolución orgánica desde el materialismo pasando a un proceso intelectivo en la formación; no de *una*, sino de *nuestra opinión* o *parecer,* con el que se llegan a formar principios o nociones filosóficas y se alcanza la manifestación externa relacionada con el ámbito jurídico en forma de *public decree* u *ordinance*; esto es, de una opinión aceptada y considerada como buena que se transforma en decisión en el ámbito político y jurídico.

2) El latín muestra que el término δόγμα carece de la riqueza etimológica que tiene la lengua griega porque es, sencillamente, una apropiación de esta[25]. Por ello, cuando nos acercamos a los diccionarios, leemos tan solo significados referidos a los principios seguidos por las corrientes filosóficas, la religión y la medicina. El término *dogma* aparece como principio que, de un modo casi inexcusable, debe seguirse y que sustancia la existencia propia de las *sectae philosophorum*. Así, en las acepciones del *Thesaurus Linguae Latinae*, del δόγμα se dice, junto con el sentido propiamente cristiano, que es la *doctrina, opinio virorum doctorum, imprimis de rebus ad rerum, naturam pertinentibus,* con lo que se distinguen las doctrinas estrictamente de los filósofos, de los físicos y de quienes los siguen de otros varones doctos en medicina, astronomía, etc[26].

El *dogma,* pues, en este sentido está referido al ámbito del saber y encuentra su equivalente latino en los términos *decreta*[27]*, scita, placita*[28]. Sin embargo, este equivalente no es, podríamos decir, una exacta traslación, pues en los términos *decretum* o *scitum* subyace primariamente el sentido de decisión y decreto, entendido como llegar a saber o comprobar[29], y el de opinión en el de *placitum*. Ello es una muestra de la dificultad que tenían los latinos para acomodar a su lengua la terminología filosófica griega.

3. SU UTILIZACIÓN EN LAS FUENTES GRIEGAS

La exposición etimológica del término δόγμα ha evidenciado un espectro semántico evolutivo de carácter orgánico que lleva del ámbito material al abstracto y, con ello, a la especialización, que no tecnificación, del término. Constatado el campo semántico, se hace necesario ver ahora el sentido que, cronológicamente, presenta nuestro término en las fuentes griegas.

Al buscar el origen del término δόγμα, nos hemos remontado al s. V a.C. donde solo hemos encontrado, en obras principalmente trágicas e históricas, derivados en forma de participio de δοκέω *(de-dogm-én; de-dogm-enon*[30]) o de sus verbos derivados, como es la forma

de *pro-dogm-ena*[31]. En todas ellas el significado era claro, ya que se refería a decisión (decidir) o a parecer, en el sentido de opinión.

Hemos de esperarnos a finales del s. V y, sobre todo, al s. IV a.C. para constatar la aparición de nuestro término[32] para observar que aparece frecuentemente en el ámbito de la oratoria, de la filosofía y de la historia en un contexto que podríamos llamar jurídico. En todos estos testimonios constataremos que no es un término técnico ni exclusivo de una ciencia, sino sencillamente especializado, que puede utilizarse en todas ellas.

Cronológicamente, observamos que:

1) Los primeros testimonios escritos en los que aparece el término δόγμα se encuentran en la obra de un historiador, Jenofonte (431-345 a.C.), y en un discurso judicial titulado *Contra Alcibíades,* discurso que se atribuye a Andócides y de cuya autenticidad hay dudas.

El historiador griego no solo conoce y usa de las formas y derivados verbales de δοκέω en el sentido arriba señalado[33], sino que además encontramos tanto en su *Anábasis* (*Anab.*) como en sus *Helénicas* (*Hell.*) un buen número de referencias al término δόγμα en las que se observa cómo nuestro término se asocia claramente al ámbito de las decisiones tomadas conjuntamente de las que surge una disposición en las que se contiene una pauta de comportamiento a seguir.

Así, en *Hell.* 5.2.37, el historiador habla de actuar según el decreto —δόγμα— de los aliados; en 5.4.37 se dice que se actuará contra una ciudad, de acuerdo con la voluntad —δόγμα— de los aliados; en 6.5.2 se refiere el historiador a mostrar la voluntad conjunta de participar en una acción. Según QUASS[34], en estos supuestos se apuntaría a las decisiones oficiales tomadas por los miembros que formaban parte de las ligas helénicas, de ámbito supranacional. El δόγμα sería, así, una decisión formada por el conjunto de opiniones y voluntades tomadas en el seno de una colectividad no nacional

Por otro lado, quedaría referido a la *polis,* en *Hell.*6.5.5, donde se apunta a la voluntad de toda una ciudad que decide; en 6.5.33 se afirma que se reúne una asamblea a propuesta de una moción del Consejo.

Obsérvese también la utilización del término δόγματος como "decreto" en 7.3.1 para referirse a quien había sido desterrado sin decreto o en 7.3.11 en referencia a un decreto colectivo de los aliados.

En *Anábasis* 6.4.11 se refiere a la reunión de soldados, convocados por los capitanes Agasis, Jerónimo y los arcadios más ancianos en la que se decretó que si alguien pretendiese dividir el ejercito, sería condenado a muerte; en 6.6.8 Jenofonte alude a un "decreto" del ejercito; en 6.6.27 apunta la decisión que habían tomado los soldados por la que el botín capturado formase un todo común.

Los testimonios de Jenofonte son muy interesantes, pues se observa cómo usa δόγμα para referirse a una forma externa, así cómo al modo de producción; es decir, si observamos atentamente, cuando habla de δόγμα Jenofonte se refiere a una disposición de carácter normativo y con la que se prescribe una conducta producto de una voluntad colectiva. Por tanto, es importante señalar que el término δόγμα se puede asociar jurídicamente a una resolución emanada principalmente de un supuesto acuerdo colectivo que plasma una voluntad colectiva.

En los textos del historiador se observan algunos elementos que configurarían la esencialidad del término δόγμα*:* como resolución o disposición generalizada, producto, obviamente, de un proceso racional de lo que se percibe, que es adoptada colectivamente y que constituye una regla o pauta de conducta vinculante: un "common standard of conduct"[35].

Lo que no se deduce de la obra de este historiador es que δόγμα sea equiparable formalmente a νόμος —ley— o a una ψήφισμα —decreto—[36] como fuente de conocimiento jurídica que surge a la manera de resolución en

el marco de los órganos colectivos del sistema democrático.

2) Un poco más tardíamente, y de un modo aún más patente, la oratoria nos muestra qué podemos entender por δόγμα y cuándo tiene valor con un testimonio que servirá para completar la información de Jenofonte.

Concretamente, nuestra principal fuente es el discurso *Contra Alcibíades,* supuestamente de Andócides, pues la duda sobre su autenticidad hace que se piense que quizás fuese un ejercicio de oratoria en el ámbito de la *secta* de Isócrates.

En el texto[37] se viene a decir que es fácil juzgar que una ley —νόμος— es perversa y que los atenienses son los únicos entre los griegos que lo hacen, pues el resto de los griegos no quiere imitar esta práctica. Que están mejor reconocidas aquellas disposiciones —δογμάτων— que resultan más adecuadas tanto a la mayoría como a los nobles y que, además, cuentan con el mayor número de favorecidos.

Lo interesante del fragmento de Andócides, o si se prefiere del Pseudo-Andócides, es, por un lado, la relación entre δόγμα y νόμος, no tanto formalmente sino como disposición normativa; por otro, la afirmación de la importancia de su valor en tanto que este radica en la adecuación a la mayoría de la población, incluidos los nobles, así como el beneficio que supone para los legislados en cuanto que les favorece. Por tanto, se establece un criterio objetivo de valoración para determinar si una disposición es buena o mala por su adecuación a la mayoría y por ser favorecedora de la mayoría. No obstante, este criterio valorativo no es esencial para la existencia de la regla o pauta de conducta, ya que su consideración como norma "adecuada" solo sirve para considerarla como la mejor posible.

Si unimos los testimonios de Jenofonte y de Andócides, o Pseudo-Andócides, vemos que δόγμα es un término utilizado para referirse a una decisión que conforma un estándar de conducta, que nace de la voluntad de la colectividad —*consensus omnium*— y que será reconocida o considerada como mejor, no como inválida.

Hay un aspecto que puede ser tentador y que se infiere de la lectura del testimonio: la posible equiparación entre δόγμα y νόμος. A nuestro modo de ver, tal interpretación resultaría arriesgada y estricta. La lectura más lógica sería pensar que cuando utiliza el término δογμάτων el autor está pensando más bien que un νόμος contiene una disposición —δογμάτων— que prescribe una conducta; no que todo δογμάτων sea un νόμος.

A partir de una "decisión personal" e "individualizada" con su objetivación y generalización en la colectividad, aparece el δόγμα como decisión o resolución de carácter general que contiene una pauta de conducta. Si la ley es buena, lo es no porque existe, sino porque desde el punto de vista axiológico es la mejor para la mayoría; es decir, porque favorece a todos sin distinciones de status social.

3) Los Diálogos de Platón ofrecen un uso del término δόγμα que comprende tanto el ámbito epistemológico como jurídico, sin que el campo semántico quede técnicamente asociado exclusivamente a un ámbito del saber. Se refiere, por tanto, a δόγμα como "opinión"[38], "punto de vista"[39]; "creencia"[40], "convicción"[41]; "concepción", "idea"[42]; "doctrina"[43]; "decisión", "juicio"; "decreto", "disposición normativa"[44].

En lo que aquí nos interesa, esto es, el ámbito jurídico, Platón utiliza δόγμα en las *Leyes,* obra de vejez que nos sitúa en el 347/346 a.C., para referirse tanto a la creación como a la aplicación del Derecho; por tanto, dentro del ámbito de la resolución y no de la creación.

Así, en *Leg.* (800 a 3) se refiere a una decisión orientada a la creación, en este caso, a una normativa sobre la música. Precisamente, sobre la formación de la pauta general, es interesante el testimonio de *Leg.* (644d[46]) en el que se dice que el razonamiento[46] —λογισμὸς— sobre lo bueno o lo malo se tiene por ley cuando es generalmente aceptado como decisión —δόγμα— pública de la ciudad, con lo que se

muestra que el δόγμα como *la decisión común formada por agregación de opiniones sobre o a partir de un criterio particular.*

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho, en el fragmento recogido en *Leg*. (926 d), se dice que, en caso de dudas o cuestiones sobre la ley de sucesiones, hay que acudir a los guardianes de la ley, cuyo veredicto se debe cumplir como *decisión legalmente válida*. Esto es lo interesante del testimonio, ya que es en este contexto en el que Platón utiliza el término δόγμα: como *decisión veredicto particular legalmente válido.*

4) Posteriormente, Aristóteles utiliza el término δόγμα, en primer lugar, en el ámbito de la "opinión" (δόξα); concretamente, se refiere a un κοιυόυ δόγμα, a una opinión común de quienes estudian la naturaleza[47]; por tanto a un principio que surge del estudio, diríamos, empírico, de la misma y con el que comprenderla; en segundo lugar, lo usa como "doctrina" para referirse al saber sobre la substancia de las cosas sensibles[48]; en tercer lugar se refiere a δόγμα como noción —δόγματι—[49]. Por tanto, en Aristóteles vemos el δόγμα aplicado al ámbito epistemológico; como doctrina que surge inductivamente del estudio de la realidad para después ser aplicado deductivamente.

Junto con estos testimonios, existe otro recogido en su Constitución Ateniense 23.1[50], en el que el término οὐδενὶ δόγματι suele traducirse por decreto formal y con el que se establece un equivalente entre δόγμα y una norma jurídica formal. Sin embargo, como dice BERTI[51], no se refiere Aristóteles propiamente a un concepto técnico-jurídico referido a una fuente de conocimiento de una organización política, pues para ello utiliza el término ψήφισμα[52]. Según la autora, Aristóteles usa el término δόγμα para referirse a las normas o decisiones o, si se quiere, a los principios de las primeras comunidades políticas.

5) Más clarificadores son, aparentemente, los testimonios de Demóstenes, ya en el ocaso del s. IV a.C., en los que se considera claramente que δόγμα es una disposición normativa. Estos testimonios se sitúan en el crepúsculo de la época helénica, lo que lleva apuntar a QUASS[53] que será en época helenística cuando se utiliza como término oficial para designar las decisiones de los Consejos o del pueblo en los Estados (polis) en un sentido afín a ψήφισμα[54], si bien de un modo menos preciso y conciso; por tanto, menos técnico.

En su discurso sobre la Corona, de forma evidente se refiere a δόγματα como disposiciones legales (decretos) y a δόγμα como el decreto de los Anfictiones[55]: μοι τὰ δόγματα."Δόγμα Ἀμφικτυόνων. De hecho, no puede haber duda alguna, pues nos transcribe todo el texto[56]. A continuación, reitera otro decreto: Ἕτερον Δόγμα, que también transcribe[57]. También en su discurso *Sobre la Paz* (19) aparece de nuevo el término bajo la forma, otra vez, de decretos de los Anfictiones: τὰ τῶν Ἀμφικτυόνων δόγματα προστησάμενοι.

6) Mucho más interesante es traer a colación un fragmento del pseudodemosténico[58], o quizás sea más exacto decir apócrifo[59], *Discurso contra Aristogiton* (frag.16[60]), en el que se viene a afirmar que "*las leyes desean lo que es justo y honorable y saludable; ellos buscan para ello, y cuando lo encuentran, establecen que fuera como un mandamiento general, será igual e idéntica para todos. La ley es la que todos los hombres deben obedecer a muchas razones, pero sobre todo porque toda ley es una invención y un regalo de los dioses, un principio de sabios, un correctivo de los errores voluntarios e involuntarios, y un pacto general del conjunto Estado, de acuerdo con el cual todos los hombres en ese Estado debe regular sus vidas*".

En este caso, se observa claramente la ambigüedad técnica del término δόγμα, que no acaba de perfilarse como un concepto técnico-jurídico referido a las fuentes del Derecho sino que, por contraste con la ley, aparece más bien referido al contenido de la misma, ya que surge como disposición contenida en la norma; en este caso, como principio con el que los sabios determinan la conducta a seguir y que debe prescribir la ley, dentro, si se quiere, de

un pacto del conjunto del Estado que aprueba o acepta dicha conducta.

7) Pasamos a estudiar dos documentos apócrifos de Platón especialmente interesantes para nosotros y que nos sitúa a comienzos de la época helenística: *Las Definiciones* y *Minos* o *Sobre la ley.*

En *Las Definiciones,* (415 b), se dice textualmente que: Ley, νόμος, es la decisión o voluntad, δόγμα, política del pueblo[61], lo que pone de manifiesto que el dogma surge como disposición normativa a modo de decisión, popular según este testimonio, formada a partir de las opiniones individuales y que conforma el contenido del νόμος.

Junto a este testimonio, finalizando el s. IV a.C[62]., aparece una obra apócrifa, titulada *Minos o Sobre la ley* (*Peri nomoi*), la cual fue atribuida erróneamente con toda probabilidad a Platón por el neoplatónico Trásilo (s. I a.C.)[63]. Esta obra, que la doctrina atribuye a un autor desconocido perteneciente a la Academia y buen conocedor de la obra de Platón, nos permite perfilar formalmente qué se entiende por δόγμα, pues en el texto aparecen como dos términos utilizados de un modo diferenciado, por tanto, no equivalentes.

Todo el testimonio versa sobre el tema planteado en la pregunta inicial del *Diálogo* con la que Sócrates interpela a su contertulio: qué es la ley —ὁ νόμος ἡμῖν τί ἐστιν—, y se inicia una discusión que versará sobre el νόμος la cual fue una cuestión común entre la filosofía política antigua, tanto de época helénica como helenística.

¿Qué es la ley? Esta es la pregunta a la que responde el contertulio diciendo que la ley es lo aceptado normalmente por la costumbre[64], a lo que se opone Sócrates, y se inicia de este modo la argumentación típicamente socrática —mayeútica— para plantear, otra vez:"*¿qué es la ley*?", a lo que responde ahora el contertulio que ley son las resoluciones y los decretos de los gobernantes, o sea, la resolución del Estado. A ello, responde Sócrates de forma retórica dirigiéndose a su contertulio diciendo que "¿acaso quiere decir el contertulio que ley es la opinión del Estado?".

El fragmento muestra claramente algunas notas muy interesantes:

Existe una relación entre ley y δόγμα en el mundo del Derecho, lo cual no significa que se identifique formalmente ni que sea exclusiva; es decir, que el término δόγμα no es un término exclusivo del mundo del Derecho; de lo que deduciríamos que el término δόγμα es un concepto mucho más amplio, susceptible de ser aplicable al mundo del Derecho.

La relación entre δόγμα y ley no implica identificación. En el fragmento se observa como νόμος y δόγμα significan cosas distintas, pues se pregunta por la ley y se responde con un derivado de δόγμα, δόγματα, que significa resolución, en este caso con un contenido jurídico, y ψηφίσματα, que significa decreto.

Por último, δόγμα aparece como resolución; como opinión del Estado, es decir, δόγμα no es formalmente una disposición, sino el contenido del νόμος según el contertulio de Sócrates. Dicho en román paladino: Ley es para el contertulio de Sócrates lo que dispone el Estado y lo dispone a modo de resolución, decisión u opinión. El δόγμα es la resolución u opinión contenida en el νόμος.

8) A continuación debemos aproximarnos a un escrito titulado Νόμος o *Ley*[65] de difícil datación. Se trata de un documento médico que forma parte del *Corpus Hippocraticum*[66] compuesto a lo largo de varios siglos[67] por un conjunto de escritos heterogéneos, de naturaleza y alcance distintos[68]. Pese al nombre, no es obra de un solo autor, Hipócrates[69]; sino que las obras que lo componen se atribuyen a diferentes autores pertenecientes a escuelas médicas distintas, principalmente Cos y Cnido[70], lo cual dificulta la datación del *Corpus* y de las obras que lo componen[71]. Tal es el caso de la obra que nos ocupa, la cual se nos presenta como una obra oscura, de carácter pedagógico[72] y de fecha insegura, aunque, en nuestra opinión, de época helenística[73].

El testimonio que nos interesa se sitúa en el párrafo 3, que dice: τὰ δὲ δόγματα τῶν διδασκόν των όκοιον σπερματα. El texto hace referencia al aprendizaje de la medicina, en el que los maestros son quienes depositan δόγματα, esto es, semillas para los alumnos. Es evidente que, en este caso, los δόγμας aparecen como doctrinas, como principios, ya que, como dice el párrafo 3, de ellos se nutren los estudiantes, cuya capacidad es como la tierra en la que las simientes (dógmatas) se depositan.

4. CONCLUSIÓN

Recapitulando los testimonios que hemos expuesto a lo largo de esta páginas, podemos concluir que el término δόγμα es el producto de una rica evolución orgánica del lenguaje constatada en su etimología y que se utiliza para designar criterios o reglas generales nacidas en el campo del pensamiento y de la opinión.

Este concepto, al menos por lo que se refiere a las fuentes griegas hasta el s. IV a.C., no pertenece al campo de lo jurídico *stricto sensu* por cuanto no se puede identificar con una fuente de conocimiento ni creemos que se pueda considerar técnicamente como tal; antes bien, pertenece al campo epistemológico. Sin embargo, y dejando de lado algún testimonio que podría llevarnos a confusión, podemos afirmar, en términos generales, que, por un lado, sí se puede relacionar transversalmente con el mundo del Derecho al que se aproxima en su condición de normas, dado que precisamente aparece en los testimonios como una resolución que contiene un principio o regla de comportamiento que se contiene en las fuentes de conocimiento jurídicas y que surge como acuerdo al que se llega a partir de un conjunto de opiniones. Excepcionalmente, por otro lado, aparece como decisión en un contexto de resolución de conflictos, como en el caso de Platón.

En todo caso, se observa que el término δόγμα es un un concepto que nace etimológicamente en el mundo del pensamiento y que, como producto de un proceso de abstracción, llega a definirse decisoriamente como una regla o principio de comportamiento aceptado a partir de opiniones individuales e individualizadas.

NOTAS

1. KUNKEL, W., *Herkunft und Soziale Stellung der Römischen Juristen*, Weimar 1952, p. 258 y ss, lo sitúa cronológicamente bajo los gobiernos de Caracalla y Alejandro Severo, perteneciente a la Cancillería Imperial

2. SNELL, B., "La formación de los conceptos científicos en griego", en *El descubrimiento del espíritu*. Estudios sobre la génesis del pensamiento europeo en los griegos, (Trad. Fontcuberta, J. Die Entdeckung des Geistes), Barcelona 2007, pp. 373-397, en especial p. 397.

3. SNELL, *La formación*, p. 376 destaca que el artículo jugó un papel esencial en la formación de conceptos abstractos. Precisamente, su ausencia, como le ocurre a Cicerón, dificulta que un concepto abstracto en griego sea representado en latín.

4. BEEKES, R., *Etymological Dictionary of Greek*, Boston 2010, p. 345, voz δοκέωques una derivación

5. BEEKES, *Etymological*, p. 321, del que deriva el término latino *decet* y *decus.*

6. Il.2.420; 23.647; S. (Sófocles), El. (Elektra) 443, etc.

7. LIDDELL-SCOTT, *Greek English Dictionary*, Oxford 1994, p. 382. Los otros supuestos se refiere al acto que tiene a la personas como objeto de la acción, por tanto, se refiere a bienvenida y a recibir como un enemigo y, por último, más raramente, cuando el término se refiere al acto que tiene una cosa como sujeto.

8. Así se puede ver como los protagonistas de Homero aceptan mentalmente en H. (Homero), Od. (Odisea) 20.271, sea la palabra de Telémaco, sea la muerte, en Il. (Iliada). 18.115.

9. LIDDELL-SCOTT, Greek, p. 442. CHANTRAINE, P. , *Dictionaire étimologique de la langue grecque*, Paris 1999, p. 290.

10. S. El.61.

11. S. Aj (Ajax), 942.

12. X. (Jenofonte), An. (Anábasis), 5.7.26.

13. Tambien en Tetrat.2.4.5.

14. Ar. (Aristofanes), V. (Vespae), 15. Herodoto 9.65, también, Platón en Parmenides 126 b que piensa que el nombre del padre es Pyrilampes.

15. Pl. (PLatón), Phr. (Fedro), 264e.

16. Ar. Pax, 47.

17. Ar. V.177.

18. A. Th.(*Septem contra Thebas*), 650.

19. X. An. 4.1.13; En este sentido, Tucídides, 8.79; Herodoto, 2.148; Platón, Prod. 314c

20. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*, Paris 1980, p. 289.

21. CHANTRAINE, *Dictionaire*, p. 290.

22. SNELL, *La formación*, p. 377.

23. LIDDELL-SCOTT, *Greek*, p, 441.

24. ELZE, M., voz Δόγμα, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 2 Bd. Basilea, 1972, p. 275.

25. Además relativamente reciente, pues parece que los testimonios más antiguos de los que tenemos noticia son del s.I a.C. y es del dramaturgo Décimo Labiero, *Minora Fragmenta* y de Cicerón. En términos generales, SNELL, La formación, p. 373.

26. Para Sen (Seneca), Ep. (Epistulae) 95.10 *Praeterea nulla ars contemplativa sine decretis suis est, quae graeci vocant dogmata, nobis vel decreta licet appellare vel scita vel placita, quae et in geometria et in astronomia invenies*. Para entender la diferencia entre ars contemplativa y ars activa en Seneca, ver, STOCK, F., La medicina nell'enciclopedia latina e nei sistemi di classificazione delle**artes**dell'età Romana, en**Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt**II.37,1, Berlin - New York 1993, pp. 393-444. La scuola medica Empirica a Roma. Problemi storici e prospettive di ricerca", en **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt,** II.37,1, Berlin - New York 1993, pp. 600-645. L'**ars medica**e il suo esercizio nell'ideologia ciceroniana, en Index, 11(1982) pp. 27-36.

27. Cic (Cierón), Ac.Pr. (Academica Priora), 2.27-29.

28. Sen (Seneca), Ep. (Epistulae) 95.10.

29. *Oxford Latin Dictionary, Oxford 2000*, voz, *decerno*, p. 489; id. voz *scisco*, p. 1706.

30. S. Ant. 575; Tuc. (Tucídides), H (Historia), 1.125.2; 3.36.3; 3.40.2; 3.49.4; Herod. (Herodoto), H. (Historia), 3.76.9; 5.92 gamma 22; 7.12.4; 7.13.10; 8.57,3; 8.110.2; También, a caballo entre el V y el IV a.C., A. Eccl, 759; 763; 764;Is. (Isocrates), Panath.(Panatenaico), 163.2; Plat. (Platea), 45.3.

31. Evidentemente, y por mor de objetividad, hemos de reconocer que el hecho de no haberlas encontrado no significa que no existiesen, sencillamente, podrían haber existido pero no tenemos constancia de ellas.

32. Así mismo lo constata QUASS, F., *Nomos* und *psephisma,* en Zetemata 55 (1971), pp. 1-76, en especial p. 6.

33. Cyr (Cyriopedia), 6.2.9.4; Anab. 5.6.35; 6.4.11; Hell. 6.2.2; 6.5.33; 7.3.1; 7.3.11.

34. QUASS, *Nomos,* p. 8. Al respecto también BERTI, M., Il dogma e l´egemonia dell´aeropago ad Atene (Aristot) Ath. Pol. XIII 1-2, en Dike 6 (2003), pp. 115-138, en especial 129.

35. JONES, J.W., *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, p. 72.

36. Dem.*Contra Policles,* 50.3. BISCARDI, A., *Diritto greco antico*, Milano 1982, p. 64. JONES, The Law, p. 126. HARRISON, A.R.W., Law Making at Athens at the Endo of the First Century B.C., en JHS, 75 (1955), pp. 26-35, en especial, p. 27. LEPRI, L., Ai confine fra Nomos e Psephisma, en Symposion 1974:Vorträge zur grieschichen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln 1979, pp. 307-326.

37. ῥᾴδιον δὲ καὶ ἐντεῦθεν γνῶναι τὸν νόμον πονηρὸν ὄντα: μόνοι γὰρ αὐτῷτῶν Ἑλλήνων χρώμεθα, καὶ οὐδεμία τῶν ἄλλων πόλεων ἐθέλει μιμήσασθαι. καίτοι ταῦτα διέγνωσται ἄριστα τῶν δογμάτων, ἃ καὶ τοῖς πολλοῖς καὶ τοῖςὀλίγοις ἁρμόττοντα μάλιστα τυγχάνει καὶ πλείστους ἐπιθυμητὰς ἔχει.

38. Crat. (Crátilo), 425 c; Phil. (Filebo) 41 b. Rep. 538c.

39. Leg (Leyes), 498 c.

40. Leg. 498 c; Leg. 900 b 4.

41. Leg. 791 d; Leg. 933b.

42. Soph. (Sofistas), 265 c.Phae. (Fedro). 257 c.

43. Teath.157d; Tim. 48 d; 55d; 791d; 797c; 822a; 854b; 875b.

44. Min. (Minos) 314ss; Leg. 800 a3; 926 b 2.

45. ἐπὶ δὲ πᾶσι τούτοις λογισμὸς ὅτι ποτ᾽ αὐτῶν ἄμεινον ἢ χεῖρον, ὃς γενόμενος δόγμα πόλεως κοινὸν νόμος ἐπωνόμασται. De ROMILLY, J., *La loi dans la penseé grecque des origines à Aristote*, Paris 1971, p. 126.

46. LIDDELL-SCOTT, voz λογισμὸς, p. 1056.

47. M. 1062b 25.

48. M.1075 a 14.

49. M.992 a 21.

50. τότε μὲν οὖν μέχρι τούτου προῆλθεν ἡ πόλις, ἅμα τῇ δημοκρατίᾳ κατὰμικρὸν αὐξανομένη: μετὰ δὲ τὰ Μηδικὰ πάλιν ἴσχυσεν ἡ ἐν Ἀρείῳ πάγῳβουλὴ καὶ διῴκει τὴν πόλιν, οὐδενὶ δόγματι λαβοῦσα τὴν ἡγεμονίαν, ἀλλὰδιὰ τὸ γενέσθαι τῆς περὶ Σαλαμῖνα ναυμαχίας αἰτία. τῶν γὰρ στρατηγῶν ἐξαπορησάντων τοῖς πράγμασι, καὶ κηρυξάντων σῴζειν ἕκαστον ἑαυτόν,πορίσασα δραχμὰς ἑκάστῳ ὀκτὼ διέδωκε καὶ ἐνεβίβασεν εἰς τὰς ναῦς.

51. BERTI, Il dogma, p. 129.

52. Pol.4.1292 a.

53. QUASS, *Nomos,* pp. 6, 7.

54. QUASS, *Nomos,* p. 3, entendido como un concepto técnico conciso por el que se hace patente la voluntad de la mayoría y por la que se conocen las condiciones lógicas de los aspectos técnicos de la decisión.

55. D. 154.

56. “πὶ ἱερέως Κλειναγόρου…”.

57. “ἐπὶ ἱερέως Κλειναγόρου…”.

58. NESTLE, W., *Vom Mythos zum Logos*. Die Selbstentfalutung des griechischen Denkens von Homer bis auf die Sophistik und Sokrates, 2 ed. Stuttgart 1975, p. 434, quien considera que las palabras del autor de la obra dejan traslucirlas ideas sofistas de Protágorasy Licofrón; LESKY, A., Historia de la literatura griega, trad. Díaz-Regañón, J.M.-Romero, B., de Geschichte der Grieschischen Literatur, Bern 1963, Madrid 2005, p. 388.

59. RUS, S.-SÁNCHEZ, Mª.A., Comentario al texto “Anónimo sobre la Ley”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8, (1991), pp. 299-319. Según la opinión de la doctrina mayoritaria, exceptuando a KRAMER, C., *De Priore Demosthenis adversus Aristogeitotem orationem*, Diss. Leipzig 1933, el discurso no es de Demóstenes.

60. οἱ δὲ νόμοι τὸ δίκαιον καὶ τὸ καλὸν καὶ τὸ συμφέρον βούλονται, καὶτοῦτο ζητοῦσιν, καὶ ἐπειδὰν εὑρεθῇ, κοινὸν τοῦτο πρόσταγμ᾽ ἀπεδείχθη,πᾶσιν ἴσον καὶ ὅμοιον, καὶ τοῦτ᾽ ἔστι νόμος. ᾧ πάντας πείθεσθαι προσήκειδιὰ πολλά, καὶ μάλισθ᾽ ὅτι πᾶς ἐστι νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεῶν,δόγμα δ᾽ ἀνθρώπων φρονίμων, ἐπανόρθωμα δὲ τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίωνἁμαρτημάτων, πόλεως δὲ συνθήκη κοινή, καθ᾽ ἣν πᾶσι προσήκει ζῆν τοῖς ἐντῇπόλει.

61. De ROMILLY, *La loi*, p. 126.

62. SOUILHÉ, J., *Platon. Oeuvres Complètes*, 13.2partie, Paris 1981, p. 85.

63. CHROUST, A.H., “An Anonymus Treatise on Law: The Pseudo-Platonic Dialogue Minos”, en *Notre Dame Law*, 47, (1947-1948), pp. 47-53, en especial, p. 47.

64. 313 b τί οὖνἄλλο νόμος εἴηἄν,ὦ Σώκρατες,ἀλλ᾽ἢτὰ νομιζόμενα.

65. LARA, M.D., Trad. e Introd., Νόμος, en *Tratados Hipocráticos*, Madrid 1983, p. 87.

66. En general, LESKY, Historia, p. 517 y ss, con abundante bibliografía, p. 522 y ss. Escritos en Dialecto jónico, de los 130 tratados, sólo se consideran válidos 58 obras en 73 libros, según la canónica edición de LITTRÉ., Estudios sobre la composición hipocrática, Madrid 1991, p. iii, afirma que el origen de la literatura científica y de sus estructuras mixtas de composición en sus tratados encuentra sus raíces en una poesía didáctica, que intenta explicar prefilosóficamente el origen del mundo y de la que nace el razonamiento presocrático, unida a ciertos tipos de lírica, a lo que cabe sumar junto con la aparición de la prosa. Todo ello dio permitió la evolución entre sistemas de pensamiento especulativos y narrativos.

67. LAIN ENTRALGO, *La medicina hipocrática*, p. 392, muestra las divergencias entre los extremos temporales en la doctrina, como por ejemplo, EDELSTEIN, para quien el *Corpus* se habría compuesto entre los siglos V y IV a.C., mientras que para FLEISCHER, o KUDLIEN, con alguna salvedad, a lo largo de seis o siete siglos. LARA, Estudios, p. xvi. No es una obra de un solo autor; es un conjunto de obras que tiene en común la lengua jónica y el tema médico. Apunta, también, p. xvii que existe cierta unanimidad en aceptar que los escritos más significativos, entre los que no se encuentra el nuestro, son del s. V y de mediados del IV a.C.

68. Baste ver las diferencias entre Epidemias y los Preceptos o Νόμος.

69. UNTERSTEINER, L., Ippocrate. Dell´Aria, delle aquae, dei Luoghi. IL Giuramento. La Legge, Firenze 1957, p. 23.

70. LARA, Estudios, p. xvii, expone como la investigación moderna ha intentado desentrañar la elaboración del *Corpus* a partir del estudio de los escritos provenientes de cada una de las escuelas, es decir, escritos coicos y cnidios, los cuales en muchas ocasiones, como dice UNTERSTEINER, Ippocrate, p. 23, los escritos de las dos escuelas se oponen entre sí.

71. La obra sí plantea numerosas cuestiones, hasta el punto de suscitar entre los especialistas la llamada “cuestión hipocrática”, como apunta LLOYD, G.E.R., The Hippocratic Question, en Classical Quaterly 25 (1975), pp. 171-192 y que, junto con los problemas de datación, plantea problemas de autenticidad y autoría. UNTERSTEINER, Ippocrate, p. 24 apunta que la obra, en su conjunto, se conoce a partir de la primera mitad del siglo III a.C. Anteriormente, Aristóteles ya utilizaba la mayor parte de los escritos de la colección; Diocles Caristio, contemporáneo de Platón, concia doce o quizás dieciséis.

72. NAVA, Νόμος, p. 89.

73. Para autores como JONES, se trataría de una obra helenística, pues entiende que el autor tiene un saber estoico dado el paralelismo que encuentra entre D.L.7.40 y el frag, 3 de Νόμος. En este sentido también se manifiesta BOURGEY, L., *Observation et exprérience chez les médicins de la Collection Hippcratique*, Paris 1953 p. 35 nt.3 quien considera que es un escrito reciente, pues aunque encuentra ciertos elementos antiguos, su el conjunto de la obra y en especial la relación entre *episteme* y *doxa,* le lleva a afirmar la existencia de influencias filosóficas. LÓPEZ FÉREZ, J.A., en *Historia de la Literatura Griega*, ed. López Férez, p. 62, también la sitúa en el período helenístico. También NAVA, p. 87 es de esta opinión, pues sería una obra recopilatoria del saber anterior de carácter pedagógico.

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

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

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS STILL CONSIDERS THE REFORM OF THE MORTGAGE ACT INOPERATIVE

Raquel Castillejo

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.

ABSTRACT

The crisis in Spain has generated situations of great distress among Spanish people, due to the large number of evictions. The legislator seems to have tried to alleviate the situation trough different reforms, all inconsistent and far from the real problem, as the Court of Justice of the European Union has stated in several judgments, urging the Spanish legislator to reform what has been already reformed.

One of the key issues in all foreclosure is the possible opposition of the debtor, which needs to support in one of the causes enumerated in the Civil Procedure Act. Among these, it was not included the existence of abusive clauses in the mortgage contract, and it is in this regard that the Court of Justice has pronounced first of all.

The Spanish legislator has obeyed the mandate and has proceeded to reform what was required, but still gives preference to the creditor in the enforcement procedure since it allows that when a clause is declared as abusive, the creditor can appeal and, nevertheless, if the clause is not declared abusive, the debtor cannot appeal.

Such reform has caused further reaction of the Court, who has given another call for attention to our legislator. This shows that there are many other reforms to undertake if we really do not want to keep on harming the mortgagor.

KEY WORDS

Debtor, creditor, mortgage, eviction, foreclosure, abusive clauses, opposition to foreclosure, appeal.

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

Raquel Castillejo
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ejecución hipotecaria. 2. Control de oficio del carácter abusivo de una cláusula. 3. Incidente de oposición a la ejecución hipotecaria 4. Procedimiento de oposición. A. Resolución estimatoria del carácter abusivo de la cláusula. B. Resolución desestimatoria del carácter abusivo de la cláusula a) Interposición de recurso de apelación. b) Alegación en proceso declarativo posterior. 5. Adopción de medidas cautelares en proceso declarativo respecto a una cláusula abusiva

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La legislación española en materia de legislación hipotecaria ha sido objeto de duras críticas a través de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí? Todo ello comienza como consecuencia del incremento de las ejecuciones en España que se produce con una enorme rapidez pasando de las menos de 25.000 en 2007 a las casi 100.000 de 2010. Esta situación es provocada por la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, combinado con el hecho de que en junio de 2005 finaliza el ciclo de descenso de tipos de

* Artículo sometido a doble evaluación externa

interés, comenzando una carrera alcista a partir de dicho momento, subiendo el Euribor en los tres años siguientes unos 300 puntos básicos, lo que produjo como efecto que el ratio de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares se elevara en diciembre de 2008 al 47% de la renta familiar disponible, cifra que supera incluso la marca histórica del 46% registrada en 1995, cuando el Mibor se situaba en cifras superiores al 10%. Esto supuso que desde 2003 la factura hipotecaria se encareció un 50% aproximadamente. Si a ello se suma el descenso en la renta disponible que el desempleo y la crisis económica han producido en las familias españolas, se comprende sin dificultad el aumento de las ejecuciones hipotecarias[1].

La situación de crisis que vive España es pues patente y se agudiza con el ingente número de procedimientos de ejecución abiertos. Por ello el legislador trata de dar respuesta a los consumidores que se hallan en tan angustiante situación con varias reformas[2].

Pues bien, a pesar de las múltiples reformas acaecidas en torno al procedimiento hipotecario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve sobre el tema por primera vez el 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa), declarando que la normativa española se opone a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y ello porque, por un lado, no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, y por otro, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo imprescindible para garantizar la eficacia de la decisión final.

La sentencia fue fruto de una cuestión prejudicial que tuvo por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[3]. La petición se produce en el marco de un litigo entre un consumidor (el señor Aziz) y un Banco (Cataluña Caixa), relativo a la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado ente dichas partes.

Los hechos que dan lugar a que se plantee la cuestión por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona comienzan por la petición de un préstamo con garantía hipotecaria en julio de 2007, constituyéndose como tal la vivienda familiar del peticionario. El contrato debía amortizarse en 33 anualidades a contar desde agosto del 2007.

Dos cláusulas del contrato suscrito presentan interés, la 6 bis, según la cual dicho contrato confería al Banco la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Y la 15, que regulaba el pacto de liquidez, previendo no sólo la posibilidad de la Entidad bancaria recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a estos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

Pues bien, el prestatario dejó de pagar las cuotas en junio de 2008, por lo que en octubre la entidad bancaria acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda, lo que hizo certificando que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía a lo que ascendía la deuda tras la liquidación, teniendo en cuenta las mensualidades no satisfechas, los intereses ordinarios y los intereses de demora.

No será hasta marzo de 2009 que la Entidad, tras requerimientos de pago, interponga el correspondiente procedimiento de ejecución contra el interesado, quien no compareció por lo que el Juzgado ordenó la ejecución.

En julio de 2010 se celebra subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presente oferta alguna, por lo que el Juzgado admitió que el bien se adjudicare en un 50% de su valor, señalando enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario, siendo el ejecutado expulsado de su vivienda. Sin embargo, pocos días antes de que esto ocurriera el ejecutado presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil, solicitando se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

Es precisamente este Juzgado quien considera que existen dudas en cuanto a la conformidad del Derecho Español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En concreto señaló que "*si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efectos suspensivos. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo*".

Además, el Juzgado estimó que *"la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, previsto en el número 1, letra q) de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la directiva".*

A la vista de todo ello, decide presentar varias cuestiones prejudiciales. La primera se circunscribe a si el sistema de ejecución de títulos contractuales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y ss LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente un obstáculo para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Mediante la presentación de esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de nuestro Estado, la que:

a. Al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre consumidor y un profesional,

b. No permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Como consecuencia de la sentencia, del legislador español emana la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por mor de la cual no

sólo se reforma la ejecución hipotecaria sino también la ejecución dineraria ordinaria en los siguientes extremos:

- El control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.
- La limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de vivienda habitual[4].
- La condonación parcial del pago de la deuda remanente y la participación del deudor en la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicie la ejecución dineraria ordinaria[5].
- La facilitación del acceso de los postores a las subastas la rebaja de los requisitos que se imponen a los licitadores[6].
- La imputación de pagos y la certificación de deuda pendiente en caso de insuficiencia de la ejecución[7].
- La duplicación del plazo de tiempo para que el rematante de una subasta de bienes inmuebles consigne el precio de la adjudicación[8].
- La modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor[9].

Como se puede observar, son varios los extremos que modifica, y sorprende pues siendo una ley prevista para deudores hipotecarios, lo cierto es que son más incisivas las reformas de la ejecución dineraria ordinaria. Por mi parte lo interpreto como que, en todo lo no previsto expresamente en la LEC para la ejecución hipotecaria, será de aplicación lo regulado para la ordinaria, por ello las reformas que a esta última se refieren inciden también en la hipotecaria, salvo en lo expresamente previsto para ella. A continuación tendremos ocasión de analizar algunos de estos supuestos.

El estricto marco de la ejecución hipotecaria ha introducido las siguientes novedades:

- El establecimiento de un tipo mínimo para la subasta de los bienes en el proceso especial de ejecución hipotecaria[10].
- La inspección del bien hipotecado con anterioridad a la subasta por parte de los interesados y la reducción de la deuda hipotecaria en caso de colaboración en la inspección y en la subasta[11].
- La ampliación de las mensualidades impagadas para poder acceder a la ejecución hipotecaria y para reclamar la totalidad de lo adeudado.
- La reducción del requisito temporal mínimo entre las liberaciones del bien de la subasta por parte del deudor[12].
- La limitación del importe de las costas exigibles al ejecutado en caso de pago[13].
- El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución hipotecaria.

2. CONTROL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA

El artículo 695 LEC contenía antes de la reforma acaecida por la Ley 1/2013 un *númerus clausus* de tres motivos de oposición, siendo dos de los mismos una copia de los motivos de suspensión regulados en el artículo 132 LH en su anterior redacción[14].

Pues bien, respecto a la cuestión relativa a la imposibilidad de formular oposición, tal y

como estaban reguladas las causas de ésta, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato, hemos de recordar que la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información[15]. A la vista de lo cual, el artículo 6 apartado 1 de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Lo que es interpretado por el TJCE como una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas[16].

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el Juez nacional no sólo debe aceptar como causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual, sino que debe apreciarla de oficio y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello[17].

A este respecto cabe destacar su sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, Asunto C618/10, declaró que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

Tras las manifestaciones vertidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias de sus resoluciones, y al amparo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 2013, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se permite concluir que el control de oficio de las cláusulas contractuales abusivas no es una simple posibilidad sino una obligación. El Juzgador debe intervenir y examinar el clausulado contractual para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión[18].

Es por ello que el artículo 552.1 LEC, rubricado "*denegación del despacho de ejecución*", ha sido objeto de modificación por el número 1 de la Disposición Final Cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, previéndose que "*Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de 5 días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3º*". Según este último precepto, apreciado el carácter abusivo de una cláusula el Juez podrá decretar la improcedencia de la ejecución, o despacharla sin aplicación de la cláusula abusiva.

Si bien es cierto que esta posibilidad de examen de oficio de cláusulas abusivas del título ejecutivo no está expresamente prevista para el procedimiento de ejecución hipotecaria, nada debiere obstar a que dicho examen pueda también realizarse en los procedimientos del artículo 681 LEC, de hecho y según se prevé en este precepto "*la acción para exigir el pago de deudas garantizas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo*"[19].

A mayor abundamiento el artículo 685 núm. 2 LEC, prevé que a la demanda se acompañen el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución, así como los demás documentos a que se refiere el artículo 550, y con ello el Tribunal se verá en la obligación de realizar este examen debiendo analizar el clausulado de la escritura de constitución de hipoteca a fin de detectar si algunas de sus cláusulas pudieran resultar abusivas.

Al respecto, antes de la citada reforma, ya se había pronunciado alguna jurisprudencia. Así la Audiencia Provincial de Girona en auto de 9 de junio de 2010, por el que se decide inadmitir a trámite la demanda de ejecución, y a la vez requerir al ejecutante para que, dentro de un plazo concedido al efecto, replantee la demanda de nuevo, aplicando una liquidación de intereses en los términos requeridos en el auto de inadmisión.

Y sigue en su resolución con respecto al ejecutante del crédito hipotecario aunque entrando de oficio en la nulidad de la cláusula, antes de o sin necesidad de haberse solicitado o alegado de contrario, haciendo viable la ejecución, con cuantía corregida y reducida a los parámetros considerados legales. Para ello dice que "*aún cuando no exista en la LEC un trámite específico para ello, se otorga un plazo para presentar la demanda corregida, pasado el cual sin haberse presentado el acreedor está en su derecho de iniciar demanda de juicio declarativo sobre el fondo del asunto, si está de acuerdo con la apreciación del juzgador*".

Por su parte, la misma Audiencia en Auto de 9 de junio de 2010, resuelve la inadmisión a trámite de la demanda de ejecución, con rechazo total de la misma, tras la apreciación de oficio de la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sin concesión de plazo para presentar la demanda rectificada, por cuanto no existe en la LEC la posibilidad de trámite o fase para resolver.

3. INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Además y como consecuencia de manera específica por la sentencia de 14 de marzo de 2013, se opera la reforma del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria regulada en la LEC por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, concretamente se añade la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el título hipotecario como motivo de oposición a la ejecución.

Con dicha norma se pretende, según su propia Exposición de Motivos "*garantizar que la ejecución hipotecaria se realice de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución modificando el procedimiento ejecutivo para que de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas consideradas abusivas*".

Recordemos que respecto a las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, ya con anterioridad a la reforma operada en 2000 por la LEC, el Tribunal Constitucional[20] había tenido ocasión de pronunciarse a través del recurso de amparo, sobre la adecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria al derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE.

Tras la entrada en vigor de la LEC, han seguido planteándose cuestiones de inconstitucionalidad, como la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell (ATC 113/2011, de 19 de julio, dictado por el Pleno del Tribunal), partiendo de que el ejecutado, dada la limitación en los medios de oposición no puede formular alegaciones sobre las circunstancias del impago frente a la demanda, ni de posibles vicios del consentimiento existentes al tiempo de suscripción del título, o sobre la nulidad de determinadas cláusulas por su carácter abusivo o desequilibrado.

Por ello concluye el Juzgado con que esa limitación de los medios de oposición a la ejecución hipotecaria ha de sumarse a que en el supuesto concreto se está en presencia de que el inmueble objeto de la ejecución se trata de la propia vivienda del ejecutado, por lo que también se ha de ligar con el derecho fundamen-

tal a una vivienda digna del artículo 47 de la Constitución, debiéndose permitir por tanto unas posibilidades de oposición más amplias, al menos cuando la finca ejecutada constituya la vivienda efectiva del ejecutado hipotecario.

A pesar de que, como hemos dicho, se han seguido presentando cuestiones de inconstitucionalidad, la doctrina sentada con anterioridad por el TC fue asumida, entre otras, por la STS de 30 de octubre de 2012 y por el Auto del Tribunal Constitucional 113/2011, de 19 de julio, planteándosele la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 695, 698 y 579 LEC, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24 y 47 CE. El Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, y en lo relativo a los motivos de oposición del artículo 695 LEC resuelve que "*en el procedimiento de ejecución hipotecaria, se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión… en el proceso debatido falta la controversia entre las partes… es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título… El procedimiento es una vía de apremio, en que el juez realiza un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí sólo, porque se lo impide el principio de paz jurídica. A ello se añade que "la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud.*

… el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte inconstitucional por ser contrario al artículo 24 CE… lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los Estatutos del Banco Hipotecario dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones pueden producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 CE, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos ni privados de tutela…

Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución".

De esta resolución cabe destacar el que fundamente que la limitación de la controversia y demás peculiaridades del procedimiento de ejecución no vulneran el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 CE, en el hecho de quedar abierta para todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos.

Por lo así resuelto cabe considerar que si se cierra la vía del declarativo, la limitación de causas de oposición sí vulneran el derecho de defensa de los interesados. Pues bien, a continuación tendremos ocasión de comprobar como sí se cierra esta vía en determinadas ocasiones.

Pues bien, y a pesar de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, semejante restricción parece haber provocado que la STJE de 14 de marzo de 2013 obligue a España a adaptar el procedimiento de ejecución hipotecaria con el fin de garantizar la protección de los deudores hipotecarios en el propio proceso de ejecución. Esta adaptación en lo que afecta a la oposición, ha supuesto la ampliación de los motivos de oposición a los efectos de su apreciación.

En efecto, el artículo 695 LEC establece que sólo se admite la oposición por extinción

de la garantía o de la obligación hipotecaria, formalmente acreditada; error en la determinación de la cantidad exigible; cuando se ejecuten bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de aquéllos a otra prenda, hipoteca o embargo anterior; y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales del título.

Faltaría una causa de oposición que no se halla prevista como tal, pero que aunque el juez pueda apreciarla de oficio si éste no lo hiciere, la parte debería poder oponerla. Se trata de lo previsto en el artículo 695.1 LEC, relativo a la posibilidad de reclamar la deuda siempre que se halla procedido al impago de al menos tres mensualidades. En efecto, si la LEC condiciona el ejercicio del procedimiento de ejecución hipotecaria a la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales o de un número de cuotas por un plazo equivalente a tres meses cuando el pago debiera hacerse a plazos, lógico es que si no se hace así quepa como causa de oposición a la ejecución.

Pues bien, dejando el análisis de las causas que ya se hallaban previstas antes de la reforma, nos ceñiremos a la que se ha introducido como resultado de ésta: el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible

La posible alegación del carácter abusivo de una cláusula contractual, se verá condicionada porque aquélla constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. Sin embargo, en la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales o arbitrales, no hay condición alguna, basta con alegar que el título contenga cláusulas abusivas —art. 557.1.7ª—.

Se trata de requisitos de carácter tan genérico que hacen imprescindible que cada tribunal en cada caso concreto entre a valorar cuándo se está ante una cláusula en la que se den o no.

De cualquier forma, condicionar la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución de hipoteca a que éstas constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible, se contradice con la atribución expresa que se le hace al juzgador en el artículo 552 LEC de apreciar de oficio las cláusulas a los efectos de verificar si pueden ser calificadas como abusivas. En ese precepto no se alude a restricción alguna, salvo que el título sea uno de los citados en el artículo 557.1 LEC, lo que se cumple en el caso de las ejecuciones hipotecarias.

No debiere, por tanto, el legislador haber condicionado la alegación de cláusulas abusivas pues no tiene sentido la distinción con el régimen general de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas, ni tampoco con la capacidad de oficio del Tribunal para examinar la legalidad del título ejecutivo.

A la vista de cómo se introduce este motivo, cabe recordar que la razón de no aparecer hasta la actual reforma es por la condición de proceso de ejecución que se ha dado a la ejecución de títulos no judiciales, incluso en el marco de la ejecución hipotecaria.

En efecto, con la anterior LEC se trataba de un juicio ejecutivo, esto es, un proceso declarativo en el que se acuerda el embargo como medida cautelar previa, y cuya finalidad esencial es la de obtener de forma rápida un título judicial de ejecución, la sentencia de remate. Como tal, aun no pudiendo alegarse cualquier causa de oposición, mantenía un elenco más amplio que el del proceso de ejecución de sentencias. Pues bien, entre ellas se hallaba la nulidad del título o de la obligación en cuya virtud se hubiere despachado ejecución —art. 1467.1 LEC 1881—, que venía a ser uno de los motivos que más se alegaba en los procesos instados por pólizas bancarias que contenían préstamos o créditos.

En este marco, se integraba en esta causa la oposición del ejecutado siendo éste consumidor, cuando en el contrato por él estipulado con la Entidad crediticia e instrumentado en una póliza bancaria se contuvieran cláusulas abusivas.

De forma tal que los órganos judiciales podían, bien declarar nula la cláusula ilícita de

acuerdo con el número 1 del artículo 8 LCGC, así como con el artículo 10 bis 2, o bien si con dicha declaración se creara una situación de desequilibrio entre las partes contratantes, declarar nulo el contrato denegando el despacho de ejecución. Por otra parte, también podía el deudor, una vez despachada ejecución, oponer la nulidad del título o de la obligación de acuerdo al artículo 1467.1º LEC. Así podrá tener lugar la nulidad del juicio ejecutivo por omisión de información de interés para el cliente; inserción en la póliza de condiciones abusivas del crédito y, señaladamente la usura; facultad de resolución unilateral; y modificación unilateral del interés pactado.

Pues bien, con la LEC 2000, de acuerdo a la nueva naturaleza que adquiere el anterior juicio ejecutivo, convirtiéndose en un proceso de ejecución, entre otras cosas, los motivos de oposición se reducen, no pudiendo incluirse los defectos propios de la obligación que en el título conste. En efecto, no se podrán oponer los vicios de la obligación en él contenida, como que derive el título de un acto jurídico imperfecto o irregular, tanto por los vicios propios de todo acto jurídico cuanto por vicios del consentimiento.

Por todo ello el incluir este nuevo motivo es reconocer que se han equivocado en la naturaleza de este proceso, haciendo de él algo distinto a lo que es propio de un procedimiento de ejecución.

Desde luego, no era preciso introducir estas reformas por dos razones. Primero porque el abordar reformas parciales no hace sino desvirtuar la naturaleza del proceso tal y como había sido previsto por el legislador, provocando a su vez que las consecuencias de las mismas empeoren la situación del consumidor. Si se quiere un proceso garantista para éste ha de asumirse una reforma estructural de la ejecución hipotecaria, haciendo que deje de ser un procedimiento de esa naturaleza, aunque sin dejar desprotegido el derecho de crédito pues sin él la situación económica de nuestro país podría venir a peor.

En segundo lugar, el problema real y de fondo no reside realmente en el sistema de ejecución hipotecaria, sino en que no hay dinero para devolver el préstamo, ni siquiera el principal[21].

En efecto, el problema de raíz sigue sin afrontarse: que la gente no paga porque no puede, no porque no quiera. Todos los remedios son parches para tratar de solucionar un problema que es estructural. Hemos tenido un sistema de acceso a la propiedad que ha sido excesivamente alegre tanto por parte de las entidades financieras como por parte de los consumidores.

Por último, y formulada la oposición por este motivo el legislador, a diferencia de lo regulado para los anteriores, no prevé cuál es el medio probatorio del que ha de valerse el deudor. No obstante, por el tenor literal del artículo 695.2 LEC, parece que deba ser el documental. En efecto, prevé este precepto que el Tribunal admitirá los documentos que se presenten, con lo que se parece indicar que el Tribunal está obligado a admitir en todo caso la prueba documental en primer lugar, pero además que sólo cabe introducir ésta.

Sin embargo, debiere admitirse más prueba que aquélla pues la oposición fundada en la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, puede hacer necesarios otros medios probatorios para concretar dicha cantidad. En este sentido, una prueba pericial puede resultar un medio probatorio necesario para acreditar el cálculo que corresponderá en función de la inaplicación total o parcial de alguna cláusula utilizada para determinar la deuda exigida en ejecución.

4. PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN

A. RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

Formulada la oposición, la regulación difiere y tiene un extraordinario valor, según la

resolución de la misma sea estimatoria o desestimatoria.

Si la resolución estima la causa fundamentada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, se acordará el sobreseimiento cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución, pero si hubiere servido para determinar la cantidad exigible, se ordenará continuar la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

En este último caso, el legislador no determina los efectos de la inaplicación, haciéndose necesario que sea el propio juzgador el que determine en el auto la cantidad por la que debe continuar la ejecución. Por ello, tendría el tribunal que realizar una operación aritmética a fin de determinar la cantidad por la que debe continuarse la ejecución hipotecaria.

Lo cierto es que así constaba en la redacción propuesta por la Proposición de Ley de Medidas para Reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social; en ella se establecía, con relación a la estimación de la causa 4ª del artículo 695.1 LEC, que "*En caso de que el carácter abusivo de la cláusula hubiese determinado la cantidad exigible, el Juez resolverá lo que proceda al respecto*".

En cualquiera de los casos cabe recurso de apelación, a sensu contrario de lo que ocurre si el motivo por cualquiera que fuere la cláusula, fuere desestimado.

Los autos así dictados en los procesos de ejecución en los que el tribunal declare la inaplicación de la cláusula abusiva con o sin sobreseimiento del procedimiento, dicha declaración limita sus efectos a "*las partes del proceso en que se dicte*", según lo así dispuesto en el artículo 222.3 LEC.

Por tanto, no pueden extenderse a otros consumidores los efectos negativos o excluyentes, ni siquiera los prejudiciales de la declaración de la cláusula abusiva, y ello, por faltar el requisito de la identidad subjetiva de la cosa juzgada, todo ello, sin perjuicio de los efectos de doctrina legal que alcancen estas resoluciones de nuestros tribunales.

B. RESOLUCIÓN DESESTIMATORIA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA

a) Interposición de recurso de apelación

En el caso de que los autos que decidan la oposición, no la estimen, dos cuestiones cabe resaltar. Por un lado, no se prevé recurso alguno, y por otro, se cierra el paso a su alegación en un posible proceso declarativo posterior.

Respecto a la primera cuestión, no se entiende bien la razón por la cual si se estima el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, cabe recurso de apelación, y en caso contrario, no.

Pues bien, sobre ello es sobre la que ha vuelto a pronunciarse la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por sentencia de 17 de julio de 2014, como consecuencia de una petición de decisión prejudicial que tenía como objeto la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual "*los estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*"; así como el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Dicha petición surge en relación con la oposición que presentan a un procedimiento de ejecución hipotecario relacionado con su vivienda un matrimonio frente al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

En la resolución de remisión consta que el 9 de junio de 2003 los recurrentes en el litigio

principal firmaron con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en adelante, BBVA) una escritura pública notarial de préstamo con hipoteca sobre su vivienda.

La devolución de la cantidad por la que solicitaron el préstamo hipotecario debía finalizar el 30 de junio de 2028, escalonándose en 360 cuotas mensuales. En el supuesto de que los deudores incumplieran su obligación de pago, el BBVA estaba facultado para declarar el vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo concedido a los recurrentes en el litigio principal. La cláusula 6ª bis del contrato de préstamo fijaba el interés moratorio en el 19% anual, mientras que, en el período correspondiente al litigio principal, el tipo de interés legal era en España del 4% anual.

A raíz del incumplimiento por los recurrentes en el litigio principal de su obligación de pagar las cuotas mensuales para la devolución del préstamo, el BBVA presentó una demanda contra ellos el 15 de abril de 2011, solicitando el pago de la totalidad del préstamo junto con los intereses ordinarios y de demora, así como la venta en pública subasta de la finca hipotecada.

Una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria, los recurrentes en el litigio principal formularon oposición contra ésta, la que fue desestimada. Frente a dicha resolución interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Castellón. Es precisamente ésta la que plantea la cuestión, según la cual si bien el procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución.

Así bien, el órgano jurisdiccional remitente plantea sus dudas en lo relativo a la compatibilidad de la mencionada normativa nacional con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta.

Recordemos a estos efectos que el anexo de la Directiva 93/13, enumera las cláusulas a las que se refiere el artículo 3, apartado 3, mencionando como cláusula abusiva, la que tenga por objeto o por efecto "*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*".

Así bien, la Audiencia Provincial de Castellón plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

a. "¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[…], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición.

b. En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[…], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?"

A este respecto el Tribunal de Justicia entiende que en la medida en que únicamente puede interponerse recurso de apelación en el caso de que la oposición se haya considerado fundada, el profesional resulta favorecido pues dispone de un recurso contra una resolución que resulta contraria a sus intereses, mientras que, en el supuesto de que la oposición sea desestimada, el consumidor no dispone de esa posibilidad.

Así bien, sigue diciendo, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Además, recuerda que según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (véase, en este sentido, la sentencia Samba Diouf, C69/10, EU:C:2011:524, apartado 69). Por consiguiente, el hecho de que, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, tan sólo disponga de una única instancia judicial para hacer valer los derechos que le confiere la Directiva 93/13 no resulta en sí mismo contrario al Derecho de la Unión.

No obstante, si se tiene en cuenta el lugar que el artículo 695, apartados 1 y 4, de la LEC ocupa en el conjunto del procedimiento de ejecución hipotecaria del Derecho español, es necesario observar que reconoce al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión de desestimar la oposición a la ejecución.

Así pues, resulta manifiesto que el desarrollo ante el órgano jurisdiccional nacional del procedimiento de oposición a la ejecución, previsto en el artículo 695 de la LEC, coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13, frente a la utilización de cláusulas abusivas.

En tales circunstancias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que el sistema procesal español pone en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. En efecto, este desequilibrio entre los medios procesales de que disponen, por un lado, el consumidor y, por otro, el profesional, no hace sino acentuar el desequilibrio que existe entre

las partes contratantes, que ya se ha puesto de relieve en el apartado 22 de la presente sentencia, y que, por lo demás, se reproduce en el marco de un recurso individual que afecte a un consumidor y a un profesional en su calidad de otra parte contratante (véase, en este sentido y *mutatis mutandis*, la sentencia Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, EU:C:2013:800, apartado 50).

En tales circunstancias, es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía.

A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretase en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la media en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

b) Alegación en proceso declarativo posterior

Por otro lado, para solventar la segunda cuestión planteada se hace necesario poner en relación dos preceptos, el artículo 695.4 párrafo 2 y el 698.1 LEC. En el primero se dice que en el caso de que los autos "*que decidan la oposición, no la estimen, contra ellos no cabrá recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*". En el segundo se regula "*Cualquier reclamación que el deudor, tercer poseedor y cualquier interesado pudieren formular y que no se halle comprendido en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo*".

Del juego de los dos preceptos se desprende:

a. Que los efectos se circunscribirán al proceso de ejecución, implica que no habiendo identidad subjetiva, la cuestión podrá ser objeto de resolución en proceso declarativo correspondiente.

Esto es, no habiendo identidad subjetiva, la misma cuestión puede ser objeto de resolución en el proceso declarativo correspondiente. En efecto, en el supuesto de una cláusula inserta en varios contratos de préstamo, bien pudiera declararse en un proceso de ejecución contra un deudor X, que no es abusiva, mientras se introduce la petición de nulidad por su carácter abusivo en un proceso declarativo por

el deudor Y, declarando en este caso su carácter abusivo.

b. Tratándose de cláusulas que pudieran ser motivo de oposición, cierran el paso a un posible proceso declarativo. No cabe pues abrir un procedimiento declarativo sobre la misma cuestión que sirvió como causa de oposición, ahora como "*causa petendi*" de la demanda.

Se cierra el paso al proceso declarativo posterior para cualquier reclamación que se hallaré comprendida como causa de oposición y ello, se halla alegado o no en el procedimiento de ejecución. Todo lo que obedece al juego de dos preceptos, el 222 y 400 LEC.

Así bien, a los efectos de la cosa juzgada, en su versión positiva, la declaración de que la cláusula es conforme al ordenamiento "*vinculará (entre las mismas partes) a un tribunal de un proceso posterior*" —art. 222.4 LEC—; pero además hemos de tener en cuenta la cosa juzgada negativa, según la cual "*la cosa juzgada de las sentencias firmes sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo*" —art. 222.1 LEC—.

Pues bien, por mor del artículo 400 LEC la cosa juzgada produce sus efectos, no sólo respecto de lo alegado, sino respecto de todo lo que, pudiendo serlo, no fue invocado.

Hay quien[22] exceptúa el supuesto de que el deudor, con carácter anterior o simultáneo a la petición de inaplicación de la cláusula en el proceso de ejecución hay interpuesto una demanda de nulidad y cesación de la condición general de la contratación. En tal caso, lo procedente será que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 LEC, el deudor plantee una cuestión prejudicial civil en el seno del proceso de ejecución, el cual ha de provocar su suspensión hasta tanto recaiga sentencia firme declarativa de la nulidad de la cláusula abusiva en el Juzgado de lo Mercantil.

c. Introducido por el ejecutado en un proceso declarativo, como motivo de la reclamación, esto es, como *causa petendi* una cláusula que no pudo ser opuesta en aquél, se admita, pudiendo ventilarse en él, aunque no produzca nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución.

5. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO DECLARATIVO RESPECTO A UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Tradicionalmente en la ejecución hipotecaria se ha utilizado por parte del deudor hipotecario el mecanismo de defensa consistente en iniciar un procedimiento independiente para discutir cuestiones relativas a la validez del título, a la configuración de la deuda hipotecaria o a cualquier otra que no hubiese podido ser alegada en el procedimiento ejecutivo. Este declarativo, carente de efecto suspensivo, puede ir dirigido a peticionar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o a la declaración de la nulidad del título.

Así bien, la normativa española no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, el TJCE señaló que *"a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que*

confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión"[23].

A este respecto, con relación al principio de equivalencia, cabe señalar que lo cumple la normativa española, y así lo decide el Tribunal de Justicia, en cuanto manifiesta que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar.

Otra cosa entiende el Tribunal de Justicia respecto al principio de efectividad al manifestar que en cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Para pasar a continuación a analizarlo para el caso que se le plantea por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona.

En primer lugar se refiere a los preceptos que regulan en el procedimiento español la ejecución hipotecaria, para de ellos sacar conclusiones. Específicamente a los artículos 695, 698 LEC y 131 de la Ley Hipotecaria. Deduciendo de ellos que "*en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.*

A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigo principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.

Por consiguiente, procede declara que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva.

En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que se establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indem-

nización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda".

Por todo ello, el Tribunal resuelve que con esta normativa, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de esta Directiva.

Procede, termina, entender por tanto, que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

En definitiva, la primera cuestión prejudicial de la Directiva se interpreta en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acodar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Actualmente, la medida cautelar que se suele interesar en dicho juicio declarativo es la anotación preventiva de demanda de nulidad de la cláusula abusiva en el procedimiento declarativo del artículo 698 LEC. Aun practicada después de la iniciación del procedimiento de ejecución, no se cancela hasta que por desestimación de la demanda ordene su levantamiento el juez que la decretó.

El problema de esta medida es que presenta una escasa eficacia, pues conforme a lo previsto en el artículo 131 LH, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas se cancelan al inscribir la enajenación de la finca a favor de adquirente en la subasta, por lo que únicamente si fueran anteriores subsistirán y dado que la certificación de cargas se solicita al principio del procedimiento hipotecario, es muy inusual que el juicio declarativo se inicie antes, por lo que dicha anotación preventiva de demanda tiene los días contados, cancelándose en el mismo momento en que tenga acceso al Registro la venta forzosa del inmueble, lo que impide al deudor recuperar el bien aunque prosperen sus pretensiones en el juicio declarativo interpuesto. El carácter definitivo del asiento de quien adquiere el inmueble en la enajenación forzosa se corrobora porque es objeto de inscripción, a diferencia de las sentencias que no son firmes o que, aun siéndolo, no ha transcurrido el plazo para ejercitar la acción de rescisión de sentencia dictada en rebeldía que no inscriben en el Registro de la Propiedad sino que simplemente son objeto de un asiento provisional de anotación preventiva, de lo que se deduce que el legislador presupone que la adquisición del rematante o adjudicatario resulta inatacable.

Con la legislación vigente la única medida prevista para garantizar los intereses del deudor que haya interpuesto un juicio declarativo esgrimiendo causas de oposición que no puede alegar en el proceso de ejecución hipotecaria, es solicitar que se retenga todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor por la enajenación del inmueble; no obstante, dicha medida se subordina a que el tribunal le pueda exigir previa y bastante garantía cuando

no tuviere solvencia notoria y suficiente para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor; permitiéndose incluso al ejecutante interesar el alzamiento de dicha retención afianzando, a satisfacción del Tribunal, la cantidad que estuviere mandada retener a resultas del juicio declarativo.

Con base en esta pésima regulación, puede ocurrir que en el juicio declarativo posterior se reconozcan las pretensiones del demandante pero que éste se deba conformar con la restitución del dinero obtenido por la venta de su inmueble sin poder recuperar éste, lo que es una solución harto desafortunada y que origina indefensión, máxime teniendo en cuenta que normalmente se enajena por un precio muy inferior al del mercado o incluso se lo ha podido adjudicar el acreedor por un valor módico que en caso de subasta desierta será el 60% del valor de tasación si es la vivienda habitual del deudor o el 50% o todo lo debido en otro caso[24].

A la vista de todo ello, el legislador español ha decidido no atender a lo así resuelto por el Tribunal de Justicia, y ello es perfectamente entendible esta regulación, pues lo que carece de sentido es no admitir que pueda ventilarse dentro del procedimiento de ejecución, lo que puede obtenerse acudiendo a otro Tribunal por la vía ordinaria. No tiene sentido que sea el Juez de lo Mercantil el que pueda paralizar la ejecución que se está llevando a cabo en otro juzgado, y que el juez de la ejecución no pueda entrar a valorar el carácter abusivo de algunas cláusulas: precisamente aquéllas sobre la base de las cuales se está ejecutando la hipoteca[25].

Además, aquella solución tampoco es la panacea para el deudor, pues aunque bien es cierto que al menos evita que se subaste el inmueble hipotecado, para que dicha medida se acuerde se le va a exigir caución y, además, durante la suspensión seguirán corriendo intereses y se devengarán costas que son a su cargo.

Opinión contraria mantienen algunos autores[26] quienes opinan que a favor de esta opción cabría aducir dos argumentos: a) que el contenido del actual art. 131 LH (que prevé la cancelación de la anotación preventiva de la demanda en virtud del mandamiento de cancelación de cargas posteriores ordenada por el Juez de ejecución) fue una novedad de la LEC 2000, que no existía en el antiguo artículo 131 LH, sin que la ausencia de tal medida perjudicase entonces sensiblemente la efectividad de las subastas hipotecarias; y b) que la anotación preventiva de la demanda, como toda medida cautelar, requiere de la concurrencia del requisito del *bonus fumus iuris*, o apariencia de buen derecho, apariencia que, en principio, no existiría respecto de aquellas cláusulas que, previa su calificación por el Registrador, hubiesen sido inscritas en el Registro, por lo que los inconvenientes de esta opción quedan muy amortiguados.

De cualquier modo, y sea la que fuere la opinión que mantengamos al respecto, no debemos olvidar la restricción que supone la actual regulación para el consumidor, pues, sólo cabrá instar el proceso declarativo por cláusulas que no hubieren podido ser alegadas en el procedimiento de ejecución, por no constituir el fundamento de la ejecución o no haber servido para determinar la cantidad exigible.

Cercena así el paso a las cláusulas que sirven a aquel como oposición, impidiéndoles incluso que en caso de no haber sido apreciadas por el juez de la ejecución, puedan ser objeto de recurso de apelación.

NOTAS

1. DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013,* La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley.

2. Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público, y cancelación con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, modificando el artículo 579 LEC y añadiendo una nueva Disposición Adicional Sexta relativa a la adjudicación de bienes inmuebles; y Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, adopta medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario.

3. Como bien explica DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013,* La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley, esta Directiva destaca por el hecho de que la Comunidad Europea por primera vez dicta en materia de consumidores una norma horizontal, no vertical o sectorializada como había hecho hasta entonces, aplicable con carácter general a toda la contratación, incluyendo de forma directa la contratación inmobiliaria y de servicios financieros hipotecarios. El artículo 10 de la Directiva establecía como límite temporal para su desarrollo en el Derecho interno de los Estados miembros la fecha de 31 de diciembre de 1994, fecha que dejó transcurrir el Estado español sin trasponer la Directiva al Derecho interno. La Directiva como acto dirigido a los Estados miembros, impone a éstos una obligación de hacer consistente en su transposición a los respectivos Ordenamientos internos. No obstante, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha aclarado que una Directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, y no han sido objeto de transposición en los plazos previstos por las mismas. Sin embargo, este efecto directo de las Directivas sólo puede ser de carácter vertical, esto es, en el ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado miembro correspondiente. Por otra parte, el efecto directo vertical de las Directivas sólo puede ser invocado ante los Tribunales ordinarios por los particulares; el Estado que no transpuso la Directiva o lo hizo incorrectamente no puede oponer a los particulares su incumplimiento ni exigirles el cumplimiento de las obligaciones que esa Directiva imponía. En cuanto al efecto directo horizontal, la Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986 establece que la Directiva no transpuesta no crea por sí misma obligaciones en los particulares, por lo que, en consecuencia, no puede ser invocada por un particular contra otro en un procedimiento judicial. En consecuencia la falta de transposición en el Derecho español de la Directiva de 1993, dado que su ámbito de aplicación está referido a la contratación en masa entre empresarios y consumidores, no era directamente invocable en las relaciones entre los mismos hasta la entrada en vigor de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril.

4. El artículo 575.1 bis LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual, disponiendo que aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

5. El artículo 579.2 a) LEC prevé la posibilidad de que, si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual, todavía quedara una parte de la deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago.
Así, adjudicada la vivienda habitual hipotecada en el proceso especial de ejecución hipotecaria, si el remate aprobado resulta insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, en el supuesto de que se despache ejecución dineraria ordinaria por la cantidad que falte, dicha ejecución, que no se suspenderá, se ajustará a que:
– El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o de la adjudicación, por el 65% de la cantidad total que entonces quede pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago.
– El ejecutado quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de 5 años, satisface el 80% dentro de los 10 años.
De no darse estas circunstancias, el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y las normas que resulten de aplicación.
Por otro lado, cuando tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se inicie la ejecución dineraria ordinaria, el artículo 579.2 b) LEC permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada.

6. Para facilitar el acceso a los postores a las subastas, se ha ampliado el contenido del anuncio y la publicidad de la subasta de bienes inmuebles.
En los edictos que den publicidad a la subasta de bienes inmuebles se deberán expresar los datos registrales y la referencia catastral de la finca si la tuviera.
Sin perjuicio de la publicidad que se realice por otros medios, la subasta de bienes inmuebles se anunciará en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependiente del Ministerio de Justicia. Para ello, en la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de consulta más detallada de los datos.

Por otro lado, para rebajar los requisitos que se imponen a los licitadores, el artículo 647.1 LEC disminuye el depósito o el aval bancario necesario para pujar el 20% al 5% del valor de tasación de los bienes.

7. El artículo 654.3 LEC prevé que, en el supuesto de que el precio del remate resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se haya despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.
Asimismo, el tribunal de la ejecución expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.

8. Cuando en la subasta de bienes inmuebles la mejor postura sea igual o superior al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta, el secretario judicial responsable de la ejecución, mediante decreto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate a favor del mejor postor. En este caso, para favorecer el éxito de las subastas, se amplía de veinte a cuarenta días el plazo en que el rematante habrá de consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones la diferencia entre lo depositados y el precio total del remate.

9. La medida más próxima a la dación en pago reclamada ha sido la modificación de los porcentajes de adjudicación del bien inmueble si la subasta del mismo concluye sin ningún postor.
En el supuesto de que la subasta del bien inmueble concluya sin postor alguno, el artículo 671.1 LEC incrementa o reduce, en función de si dicho bien es la vivienda habitual del deudor o no, los porcentajes de adjudicación del mismo.
Así bien, cuando no se trate de vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De tratarse de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De tratarse de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70%del valor por el que el bien haya salido a subasta o, si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

10. Para que se pueda seguir el proceso de ejecución hipotecaria, en la escritura de constitución de la hipoteca se deberá determinar el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún supuesto, al 75% del valor señalado en la tasación realizada de acuerdo con las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

11. Durante el plazo que medie entre el anuncio de la subasta del bien hipotecado y su celebración, cualquier persona interesada en la misma podrá solicitar del tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles hipotecados, quien lo comunicará a quien esté en la posesión, solicitando su consentimiento. En el supuesto de que el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del tribunal, para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado el primero podrá pedir al segundo una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2% del valor por el que el bien haya sido adjudicado. En este caso, el tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por un plazo no superior a cinco días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible.

12. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago, judicial o extrajudicial, efectuada por el acreedor.

13. En el caso de reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se ha convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de plazos diferentes, el deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses esté vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados total o parcialmente.
Si el deudor paga en las condiciones descritas, el artículo 693.3 IV LEC establece una limitación del importe de las costas exigibles, ya que, por la remisión al artículo 575.1 bis LEC, aquellas no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.

14. Vid. AAP de Barcelona de 28 de abril de 2010.

15. Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10

16. Sentencias de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, C 88/99, Rec. P. I 10465 y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C 384/08, Rec. P. I 2055.

17. Sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C243/08, Rec. P I 4713 y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10.

18. Al respecto se pronuncian los AAP de Vizcaya de 11 de abril de 2013; y el de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012.

19. En relación al proceso monitorio, el TJUE ya puso de manifiesto que se opone a la Directiva 93/13/CEE, que el Juez que conoce de un proceso monitorio no pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contemplada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor cuando este último no haya formulado oposición (STJUE de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10 y 21 de noviembre de 2002, Asunto C-473/00. Además también ha reconocido al órgano jurisdiccional la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral cuando conociera de la ejecución forzosa de un laudo dictado sin comparecencia del consumidor y que hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada (TJCE/TJUE, Sala Primera, de 6 de octubre de 2009, Rec. C-40/08).

20. SSTC 41/1981, 18 de diciembre; 64/1985, 17 de mayo; 41/1986, 2 de abril; 148/1988, 14 de julio; 8/1991, 17 de enero; 6/1992, 16 de enero; 217/1993, 30 de junio; 128/1994, 5 de mayo; 222/1999, 29 de noviembre.

21. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por ley 1/2013,* La Ley Unión Europea, núm. 7, septiembre 2013, editorial La Ley.

22. GIMENO SENDRA, V.

23. Vid. Sentencias de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. P. I-10421 y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. P. I-9579.

24. ACHON BRUÑÉN, Mª J., *Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013,* Diario La Ley, núm. 8065, Sección Tribunal, 18 abril 2013, año XXXIV, Ref. D-142, Editorial La Ley. La Ley Unión Europea, 25 de abril 2013.

25. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por ley 1/2013,* La Ley Unión Europea, núm. 7, septiembre 2013, editorial La Ley.

26. DÍAZ FRAILE, J.M., *El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013,* La Ley Unión Europea, núm. 5, junio, 2013, editorial La Ley.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2014
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2014

VARIA

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

ACTAS DEL CONGRESO *"LA CRISIS DE LA DOGMÁTICA: NUEVAS PERSPECTIVAS"*

Emiliano Borja Jiménez
Universitat de València
Relator

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Objeto del Congreso. 3. Formato. 4. Desarrollo. A. Deconstrucción y reconstrucción de la Dogmática penal. B. La concepción significativa de la acción y el acercamiento de los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law*. C. Reconstruyendo la Dogmática: Consecuencias sistemáticas de la concepción significativa del delito. D. Persona, Derecho y Dogmática penal. E. Dogmática penal e ideología. 5. Conclusiones

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Tengo que reconocer que nunca he sido relator de un congreso. He mirado varios modelos, y no me he decidido a seguirlos en este evento. Es por ello que, dadas las circunstancias de este encuentro, he preferido romper la ortodoxia y plantear este relato como el de un espectador. Pero no un espectador objetivo y aséptico, sino más bien como alguien que no interviene entre los ponentes, cuya obra y personas conoce, pero que participa del objeto y del debate desde hace muchos años. Y por ello, este relator explicará al lector el objeto y las reflexiones del presente congreso, pero no de una forma fría y alejada, sino con la perspectiva de quien estuvo allí, y que también, internamente, tomó posición. No sé hacer las cosas de otra forma. He realizado traducción simultánea del alemán al español en varias ocasiones en relación con ponencias y conferencias de otros colegas alemanes. Y en esa traducción, además de expresar literalmente en castellano el contenido expresado, no podía evitar realizar algunos comentarios contextualizando la exposición y acercándola más a las expectativas y conocimientos del público. Y esta es la forma en que veo el sentido del presente relato. La explicación y la contextualización del contenido de este congreso por parte de quien también estuvo allí.

2. OBJETO DEL CONGRESO

El título del congreso ya nos adelanta gran parte de lo que fueron las exposiciones y debates. *La crisis de la Dogmática: Nuevas perspectivas.* En efecto, se trataba de analizar la crisis de

la Dogmática desde tres perspectivas distintas. Desde la perspectiva planteada por la metodología de la concepción significativa de la acción, y aquí se incardinan las exposiciones del mismo VIVES ANTÓN, de BUSATO y de MARTÍNEZ-BUJÁN. Desde la perspectiva de las relaciones entre el Derecho y la persona, y sobre ello reflexionó RAMOS VÁZQUEZ. Y, finalmente, desde la perspectiva política en relación con la Dogmática, que fue objeto de la conferencia de MUÑOZ CONDE. Ciertamente, dado el lugar donde se celebraba el evento (Universidades Jaume I de Castellón y Valencia), la directora del mismo (discípula de VIVES ANTÓN) y los propios conferenciantes y moderadores (que, siendo o no formalmente doctores del Maestro valenciano, aceptan en gran medida la doctrina de la acción significativa), las reflexiones sobre la crisis de la Dogmática penal tuvieron muy presente las formulaciones vivesianas llevadas a cabo en las dos ediciones de sus *Fundamentos del sistema penal* y otros trabajos posteriores.

En este sentido, destacó la introducción realizada por la directora, CUERDA ARNAU, que en la presentación de su maestro delimitaba la razón de ser y el objeto de este evento académico. En este sentido, señalaba que el objetivo del presente seminario es reflexionar sobre la situación a la que nos ha conducido la Dogmática y sus verdades, tomando como hilo conductor del análisis la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, que, como señaló, no pretende ser una nueva formulación Dogmática, sino que busca una aplicación más racional y previsible del Derecho Penal. Se trata, dijo, de sustituir las supuestas verdades de la Dogmática por consensos estables, anclados en los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. Por el contrario, el entramado conceptual creado por la dogmática deforma el texto de la ley y convierte a ésta en incomprensible e imprevisible para el ciudadano; a quien, de ese modo, comenzamos por privar de la garantía básica que representa el principio de legalidad.

La cuestión fundamental, por tanto, se sitúa en torno a la satisfacción de las clásicas funciones que se le atribuyen a la construcción teórica y sistemática del Derecho Penal. Si auxilia al operador jurídico a una más razonable aplicación de la ley penal. Si otorga al intérprete un mayor conocimiento sobre el contenido y alcance de los preceptos penales. Si contribuye al incremento de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Si fortalece la protección de las garantías constitucionales de aquellos que, de una u otra forma, se ven inmersos en el sistema de justicia penal. Si es un instrumento eficaz en manos del legislador para llevar a cabo mejoras en la reforma penal. Si ofrece a la cátedra una metodología que facilite el estudio del Derecho Penal en la Universidad. Si es capaz de proporcionar un modelo teórico que resuelva los conflictos de los seres humanos sin servir a ninguna ideología. Si, en definitiva, nos ofrece posibilidades reales para poner en práctica en la vida social el valor Justicia…

En el apartado de conclusiones se dará respuesta, o al menos se intentará, a todas estas dudas y preguntas.

3. FORMATO

El formato que se otorgó a este congreso consistía en la exposición de cinco conferencias, distribuidas en dos días (en sesiones matinales). La intervención del ponente venía precedida de una introducción realizada por el moderador. Tras la respectiva conferencia, tuvieron lugar debates centrados en las cuestiones más controvertidas que se habían planteado en la correspondiente exposición. El congreso fue inaugurado por el Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I, Prof. Dr. Rafael LAPIEDRA ALCAMÍ, y fue clausurado por el Sr. Director del Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia, Prof. Dr. Enrique ORTS BERENGUER.

Me gustaría destacar en este punto la diferencia de optar entre dos o tres ponentes en una mañana. En efecto, el día 19 de junio actuaron como conferenciantes VIVES ANTÓN y BUSATO; y los debates, moderados respectivamente por CUERDA ARNAU y FÉRNANDEZ HERNÁNDEZ tras estas intervenciones, fueron largos y profundos. Sin embargo, al día siguiente, 20 de junio, intervinieron MARTÍNEZ-BUJÁN, RAMOS VÁZQUEZ y MUÑOZ CONDE (actuando como moderadores, respectivamente, CARBONELL MATÉU, GÓRRIZ ROYO y GONZÁLEZ CUSSAC). Al añadirse una ponencia, aparte de las normales dilaciones que tolera la cortesía académica, los debates fueron menos intensos, si bien siempre interesantes.

De esta experiencia podemos derivar la siguiente conclusión: Si además de la conferencia magistral queremos mantener un diálogo crítico y profundo con el ponente, es conveniente no superar dos intervenciones por sesión (mañana o tarde). Claro está que esto no siempre es posible, pues los compromisos y las agendas de los expositores y organizadores, obligan en muchas ocasiones a la concentración de la actividad académica.

4. DESARROLLO

En este apartado voy a realizar un breve resumen de los puntos más relevantes de cada una de las exposiciones de los ponentes, así como de los debates correspondientes. De nuevo advierto al lector que se trata de una interpretación que, pretendiendo ser objetiva, muestra la visión de un espectador implicado. No he querido, por ello, entrecomillar ninguna frase, sino expresarlas de forma distinta (salvo alguna expresión que es conocida por todos), buscando esa contextualización en relación con el objeto del seminario. Se advertirá que se dedica una mayor extensión a la posición de VIVES ANTÓN, por las razones que se apuntan más adelante, y relacionadas con el mismo objeto del presente congreso.

A. DECONSTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL

El día 19 de junio Tomás S. VIVES ANTÓN impartió la primera conferencia en este seminario con el título *"Deconstrucción de la Dogmática y bases para su reconstrucción"*. La segunda acepción del Diccionario de la lengua española (DRAE) define el vocablo *deconstrucción* como "… desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades". Precisamente dicha actividad en relación con la Dogmática penal ha sido la llevada a cabo en la obra de las dos últimas décadas del autor valenciano. En esta intervención, el desenmascaramiento de las ambigüedades, contradicciones y excesos a los que conduce el pensamiento dogmático "fuerte", se examinan, a título de ejemplo, a través de tres instituciones que han sido elegidas, y que perfectamente podrían haber sido otras distintas.

Así, en primer lugar, en el marco de la doctrina de la acción, se realiza una crítica a las diferentes concepciones. De esta manera, hace un repaso de las deficiencias de la doctrina causal y final atendiendo al hecho de que no se toma en consideración el significado del aparente comportamiento humano, sino datos ontológicos como el movimiento corporal o el contenido de la voluntad (lo que dejaría sin explicación, por ejemplo, la naturaleza de los delitos contra el honor). Esta crítica, en principio, no podría extenderse a la teoría social de la acción, puesto que ésta otorga relevancia a la conducta por constituir la misma una unidad de sentido social. Dicho sentido social se determina por un juicio objetivo de previsibilidad y dominabilidad del comportamiento. Y aquí reside la gran crítica vivesiana que también apuntó CUERDA ARNAU en su introducción: la doctrina social en realidad traslada la relevancia penal de la acción a la responsabi-

lidad del sujeto. No toma en consideración el sentido derivado del significado de las palabras definitorias del comportamiento humano, sino de la atribución del resultado al sujeto con base en su responsabilidad. No es lo mismo castigar al sujeto A porque mata al sujeto B, que hacerlo porque A es responsable de la muerte de B. De este modo se extiende el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto más allá del comportamiento descrito por las palabras de la ley. Instituciones como la imputación objetiva combinadas con la comisión por omisión pueden contribuir a alcanzar estas consecuencias si no se someten al filtro del límite del significado de las acciones descritas por el legislador a través de términos lingüísticos.

Un segundo exceso de la creación dogmática que se utiliza como ejemplo es la teoría del dominio del hecho en materia de autoría, de ROXIN, y su concreción para resolver los crímenes de Estado perpetrados a través del aparato de poder. El recurso a la utilización de la autoría mediata con instrumentos dolosos para fundamentar la responsabilidad penal de los sujetos que ocupan la más alta jerarquía, puede ser idóneo en relación con el sistema penal alemán, si lo que se quiere es cubrir algunas deficiencias en la regulación legal de esta institución. Ahora bien, cuando existen figuras como la cooperación necesaria (en el modelo español, con gran influencia en Latinoamérica), que resuelven de forma razonable la cuestión de la responsabilidad penal de estos sujetos desde el punto de vista legal y político-criminal, resulta absurdo recurrir a estos planteamientos foráneos (y se señala como ejemplo la sentencia de condena en el Perú de Alberto Fujimori). Y se pregunta nuestro autor si la adopción por parte de una alta instancia judicial de una de estas construcciones dogmáticas en un país como el Perú constituye una victoria de la ciencia penal. Y el mismo VIVES responde que, si queremos un Derecho Penal que sea Derecho, los jueces tendrán que aplicar la ley conforme a la Constitución. Pues de lo contrario, si se escatima la aplicación de la ley en favor de criterios dogmáticos, se está recurriendo a una máscara que disfraza la realización de la justicia que se quiere hacer (y no la que marca el texto legal).

Un tercer ejemplo de los excesos de la Dogmática se centra en la aplicación de la categoría de la comisión por omisión. El autor recuerda que, para que el comportamiento pasivo equivalga al activo, este debe de interpretarse conforme al tenor literal de las palabras de la ley. Es decir, si la madre deja alimentar a su hijo de pocos meses de edad, y éste muere de inanición, la responsabilidad penal de la mujer deriva de que su comportamiento, aun siendo omisivo, satisface las exigencias del verbo típico "matar". Pero la doctrina, de nuevo, se suele olvidar de esta exigencia del artículo 11 del texto legal, e intenta resolver el problema, no recurriendo a la conducta del sujeto, sino a la atribución de la responsabilidad penal a ese sujeto por el resultado acaecido. Esto ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ha demostrado recientemente en un seminario celebrado en la Universidad de Valencia sobre la omisión la profesora HUERTA TOCILDO, a extender la comisión por omisión a muchos delitos que no la admiten por los propios requisitos de la acción típica. La Dogmática continúa, de nuevo, deconstruyéndose a sí misma. Está sustituyendo un sistema de justicia penal de las garantías sometidas a la Constitución por un sistema de especulación que se aleja de aquellas, o que, al menos, las oscurece.

Hasta aquí, VIVES ANTÓN nos muestra, a través de varias instituciones (concepciones de la acción, autoría y participación y comisión por omisión) cómo la Dogmática penal se ha deconstruido a sí misma. En un segundo momento de su exposición el profesor de la Universidad de Valencia nos desvela las razones y el trasfondo de este proceso.

La especulación dogmática ha incurrido en todos estos excesos, ambigüedades y contradicciones por ese afán de perseguir la quimera "cientifista". La Dogmática no es una ciencia ni tampoco los juristas hacemos ciencia. La ilusión cientifista viene determinada, en par-

te, por la influencia del pensamiento kantiano en el mundo jurídico. Para salir de la botella, el Maestro se separa del filósofo alemán en el ámbito epistemológico y retorna a él en lo que se refiere a su concepto de libertad. Es decir, postula en favor de un alejamiento, en algunos aspectos, del pensamiento derivado de la *Crítica a la Razón Pura*, para retomar las ideas de la *Crítica a la Razón Práctica* o a la *Metafísica de las Costumbres*, al menos en el plano jurídico.

El ámbito epistemológico planteado por la filosofía kantiana nos presenta un mundo cartesiano lleno de conceptos apriorísticos que, desde la esfera interna del sujeto, definen la realidad empírica. Sin embargo para VIVES ANTÓN el contenido y significado de esa realidad no se aprehende a través de conceptos internos, sino por medio del lenguaje y su realización a través de las prácticas estables. Aquí escapa nuestro autor de KANT y se sitúa en espacio de WITTGENSTEIN. Pues la interpretación y el alcance de la ley se obtienen de forma más razonable a través del conocimiento del lenguaje que la define y de su aplicación por medio de la experiencia externa. Y por el contrario, al jurista no les sirven las definiciones extraídas por encima de la ley, previas y fuera de la realidad a la que teóricamente vienen llamadas a regular, tal y como propone la Dogmática tradicional.

VIVES ANTÓN, sin embargo, vuelve a KANT en lo que se refiere a su concepción de la libertad en relación con el Derecho. O mejor dicho, retorna a la idea de libertad en el filósofo alemán que no se puede entender fuera del Derecho. En su propia definición, como coexistencia de los arbitrios según una ley general de libertad, encontramos la relación íntima entre estas dos categorías en el pensamiento kantiano. De esta forma, el Derecho, especialmente el Derecho Penal, podría ser definido, según VIVES, como aquellos límites de la libertad que, paradójicamente, hacen posible la libertad de todos. Estos límites que hacen posible la libertad para todos son, entre otros, las garantías constitucionales. Dichas garantías constitucionales, por tanto, constituyen el auténtico fundamento del sistema penal. Y no sólo desde el punto de vista axiológico, sino también lógico. De tal forma que la elaboración conceptual del sistema penal, en todo caso, debe ser abierta, pero ha de sustentarse sobre ese núcleo duro de los derechos fundamentales. Y respetando este núcleo duro que viene aportado por la Constitución, el sistema penal debe extenderse en un campo más difuso que pueda permitir las diferentes posibilidades de regulación legal concreta.

Estos son, desde mi punto de vista como espectador implicado, los puntos fundamentales sobre los que reflexionó VIVES ANTÓN. He querido desarrollar más ampliamente su intervención por entender que el seminario se centraba, en gran medida, en su crítica a la Dogmática penal. Sin embargo, para no extender demasiado este relato, voy a ser más breve en la explicación del resto de intervenciones.

Tras la ponencia, hubo un debate en torno a cuestiones que suscitó el profesor valenciano. Paso a llevar a cabo una breve descripción de las mismas.

Un primer ámbito de discusión giró en torno a la concepción de un sistema penal abierto, como el que mantiene el mismo VIVES o ROXIN, y la influencia epistemológica de KANT. En este punto nuestro conferenciante consideraba incompatible esta postulación metodológica.

También el Maestro volvió a reforzar su idea de que la Dogmática no puede sustituir a la ley ni reformarla cuando ésta es imperfecta. La regulación de la autoría en el StGB alemán es una buena prueba de ello, pues la obligada rebaja punitiva de toda forma de participación, que conduce a consecuencias político-criminales insatisfactorias en muchos casos (supuestos, por ejemplo, de cooperación necesaria), ha determinado tal desarrollo dogmático para salvar un defecto legal, que acaba extendiendo la punibilidad más allá de lo expresado en la norma. La consecuencia todavía es más irracional cuando estas teorías se exportan a países que

tienen legalmente resuelto el problema, como es el caso de España o Perú.

Se trataron otros límites en la elaboración dogmática del Derecho Penal, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y aquí de nuevo se concluyó que no existe una imposibilidad dogmática del establecimiento de dicha responsabilidad, sino más bien un problema de constitucionalidad. También se abogó en favor de preservar un fundamento liberal al sistema de justicia penal frente a criterios de utilidad que, por razones políticas, tiende a limitar las garantías constitucionales (se puso como ejemplo la prohibición de portar banderas republicanas el día de la proclamación del Rey).

Un último debate se centró en la comparación de sistemas jurídicos, su mayor o menor dogmatismo o virtualidad práctica, y el recurso a la conceptualización técnico-jurídica. En este sentido, hubo una primera referencia al derecho anglosajón. Aquí VIVES ANTÓN quiso defender este sistema jurídico ante la crítica de la deficiente conformación dogmática de sus instituciones del derecho sustantivo (así, trajo a colación una sentencia norteamericana —US v. Still 850 F 2d 607 (9th Cir. 1988)— en la que se absolvió a un sujeto que pretendía atracar un banco porque fue detenido antes de que comenzara la ejecución del hecho; es decir, porque ni siquiera había tentativa de robo). Se discutió, finalmente, sobre la conveniencia de la utilización del lenguaje técnico o del lenguaje común tanto en la propia ley como en el marco de la sistematización del Derecho. VIVES ANTÓN no considera que el lenguaje común excluya en todo caso el recurso al lenguaje técnico; ese no es el problema. El acento hay que ponerlo en la inteligibilidad de la ley para los ciudadanos y habrá casos en que el recurso al lenguaje técnico no sea un obstáculo para ello. Lo determinante es que quede claro que los problemas no se resuelven con un buen concepto o con una definición, sino mediante prácticas estables en la aplicación de la ley. La última intervención de un reconocido magistrado puso la atención a una función que debería llevar a cabo la doctrina, cual es la de otorgar soluciones viables cuando la ley, sobre todo en el proceso, no regula con la suficiente precisión el ámbito para el cual fue creada. En este sentido, se postuló, no en favor de suprimir la metodología dogmática, sino por una construcción teórica que ayude a una mejor aplicación de la ley y más ajustada al texto constitucional. Aquí se trajo a colación la perversa influencia de corrientes doctrinales funcionalistas en la futura reforma penal, como es el caso de la inclusión en el reciente anteproyecto de Código penal de la nueva regulación de la peligrosidad. Se concluyó señalando que una dogmática de la peligrosidad es difícilmente conciliable con un Derecho Penal de las garantías.

B. LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN Y EL ACERCAMIENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

La segunda intervención de este primer día de congreso corrió a cargo de Paulo César BUSATO, bajo el título *"La Teoría de la Acción Significativa como elemento de conexión entre los sistemas de imputación del Civil Law y del Common Law: conexiones entre las teorías de la acción de Vives y Fletcher"*. En su conferencia, el profesor brasileño nos invitó a reflexionar sobre la pertinencia de acercamiento entre los sistemas jurídicos anglosajones y continentales por medio de la concepción significativa de la acción, en el marco penal, y en las versiones de VIVES y FLETCHER.

Comenzó su exposición llevando a cabo un paralelismo en el estudio doctrinal de la acción penal en los sistemas jurídicos continentales y del *Common law.* Para ello recurre a la expresión gráfica de una parábola matemática, una especie de "U" más o menos grande, más o menos cerrada que refleja el objeto y la intensidad del tratamiento de la conducta punible en el derecho continental y anglosajón.

En efecto, en el primero, las concepciones clásica y final del delito fundamentarían la estructura del sistema penal con base en el concepto de acción. Ulteriormente dicho interés sería ya menor con la concepción social, quedando finalmente desplazado por otras categorías como la realización del tipo, el tipo de injusto o la imputación objetiva. Sin embargo, en los últimos tiempos renacería de nuevo en la Europa continental la investigación de la categoría de la acción por autores como ROXIN o el mismo VIVES. Me gustaría reforzar la idea de nuestro colega brasileño, que considero totalmente acertada, señalando que, en efecto, a finales de la década de los ochenta autores como JAKOBS, ROXIN y GIMBERNAT dedicaron amplios e interesantes trabajos sobre la acción penal, que se desarrollaron hasta la primera mitad de la década de los noventa, que fue justamente cuando apareció la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN en la primera versión de sus *Fundamentos del sistema penal.*

Aunque de forma distinta, BUSATO mantiene también que, a partir del caso *Robinson v. California,* se iniciaría en EE. UU. un proceso de estudio de la acción como componente fundamental del sistema de justicia penal. A *Robinson* se le castigó en las dos primeras instancias a *civil imprisonment* por ser adicto a las drogas. Ulteriormente, la Corte Suprema le absolvió por no existir acto alguno, por, en definitiva, ausencia de acción con relevancia y significado punible. A partir de este caso, comenzaron en este país a estudiarse las teorías de la acción, desde una perspectiva decimonónica muy semejante a la concepción causal, evolucionando en las últimas tendencias a teorizaciones subjetivas similares al finalismo. Sin embargo, el conferenciante nos ilustra sobre nuevas tendencias que distan de otorgar relevancia a la acción penal, para situarse en otros requerimientos establecidos por la ley. Tal sería el caso del ingente número de delitos de posesión en el Derecho penal anglosajón, que, para un sector de la doctrina de este país, determinaría la poca relevancia de esta categoría del delito. Aquí estaríamos situados en el punto más bajo de la figura parabólica. El tramo ascendente comenzaría con las contribuciones del autor estadounidense FLETCHER quien, otorgándole relevancia a la acción, rechaza que el sustrato de la misma se sitúe en la finalidad, para proponer que se indague sobre el significado de esos fines. Más tarde encontraría ese significado en la estructura del lenguaje. En este punto, el autor aceptaría los presupuestos epistemológicos de la filosofía del lenguaje aportados por VIVES ANTÓN y su tesis de otorgar relevancia al comportamiento humano a través del sentido que adquiere aquél por el seguimiento de una regla. De esta forma, acción y norma se sitúan para ambos autores en el momento más relevante de la imputación de la responsabilidad penal.

En la parte final de la exposición, BUSATO llega a algunas conclusiones reveladoras. La concepción significativa de la acción de VIVES y FLETCHER posibilitan una crítica a los excesos de la Dogmática, y especialmente a ciertas formas de tipificación de los delitos. Estas concepciones, en la medida en que otorgan toda la relevancia al significado del comportamiento humano, al seguimiento de la regla según prácticas estables, proporciona un punto de encuentro entre el *Civil law* y el *Common law,* provocando, de esta forma, un mayor acercamiento entre teoría y práctica.

En su última conclusión, creo que la más discutible, plantea una crítica al creciente recurso a los delitos de posesión. Según el autor, muchos de estos hechos punibles carecen de legitimidad por ausencia de acción según los criterios de la concepción significativa. En el debate ulterior se puso de manifiesto que los problemas que podrían presentar algunos delitos de posesión no están relacionados con una cuestión de acción, sino de ofensividad de un comportamiento existente. Es decir, no se trataría tanto de si existe acción, sino de si esa acción ya existente adquiere la relevancia suficiente en la ofensa del bien jurídico protegido por la norma.

En torno a esta última cuestión giró el debate posterior, con las precisiones apuntadas en el apartado anterior. También se trataron temas abiertos sometidos a la reflexión por parte del conferenciante, como los puntos de conexión del *Civil law* y el *Common law,* la necesidad de acercar el derecho penal sustantivo y procesal en sus vertientes teórica y práctica, o, entre otros, los relativos al Derecho Penal intercultural y la globalización.

C. RECONSTRUYENDO LA DOGMÁTICA: CONSECUENCIAS SISTEMÁTICAS DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DEL DELITO

Tengo que llevar a cabo una breve reflexión sobre la intitulación de este apartado. Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en su conferencia *"El contenido de la antijuridicidad a la luz de la Concepción Significativa",* la primera impartida el día 20 de junio en la Universidad de Valencia, expuso con extraordinario esfuerzo sistemático las más relevantes repercusiones de la concepción de los fundamentos vivesianos en la teoría jurídica del delito, con una minuciosa equiparación de categorías con la Dogmática tradicional. Fue mucho más lejos de lo que anunciaba su ponencia. Llevó a cabo una auténtica traducción, profunda y compleja, de la propuesta de VIVES al rompecabezas conceptual de la teoría jurídica del delito en sus versiones más modernas.

La denominada por el propio MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ "concepción significativa del delito" presentaría una clara y coherente ordenación de sus categorías, que conduciría a unas razonables consecuencias político-criminales totalmente compatibles con el ordenamiento jurídico español.

Categoría fundamental es la antijuridicidad, que expresa en la concepción significativa la pretensión de ofensividad dentro de la pretensión de relevancia. La clásica distinción entre antijuridicidad material y formal quedaría traducida bajo los términos, respectivamente, de *ofensividad* e *ilicitud,* aunque nada se opone a la utilización de aquellos u otros similares (lesividad, antijuridicidad en su sentido más genuino, etc.).

En el examen de la pretensión de relevancia, en su vertiente más conceptual y fáctica, vendrían incardinados los términos del tipo objetivo clásico. Los auténticos elementos subjetivos del injusto conformarían el tipo de acción. El tradicional tipo subjetivo (dolo o imprudencia) integran la pretensión de ilicitud, pues otorgan antinormatividad al comportamiento humano (es decir, empleando la terminología tradicional, otorgan relevancia a la antijuridicidad formal).

La ofensividad, por tanto, refleja el desvalor objetivo, general e impersonal del hecho en la norma. De ahí se extraen consecuencias prácticas muy relevantes. La imputación del resultado se formula también en términos objetivos, como afección al bien jurídico, atendiendo a la predecibilidad del mismo conforme a los conocimientos del autor y del saber público de la humanidad en el momento de la acción. En la medida en que la ofensividad se asienta en el desvalor del resultado, en materia de tentativa inidónea sólo se castigará la relativamente inidónea, pues sólo ésta es fuente de peligro para el bien jurídico.

El tradicionalmente denominado error de tipo invencible, dado que niega el dolo, excluye la antinormatividad del hecho. Y ocurre que la intención, el dolo, no forma parte de la misma acción (error en el que incurrió el finalismo), sino que dota a esa acción, ya lesiva por poner en peligro o lesionar un bien jurídico, del carácter contrario al ordenamiento jurídico. Es decir, el dolo y la imprudencia no constituyen instancias definitorias de la acción, sino de atribución de la responsabilidad penal en la medida en que confieren al comportamiento humano su carácter de comportamiento prohibido por ser contrario a la norma.

El conocimiento de la ilicitud, en cambio, forma parte de la pretensión de reproche; es

decir, de la culpabilidad. Su exclusión ya no afectará a la antijuridicidad, sino al mismo reproche. Por esta razón, esta consecuencia se adhiere a la teoría de la culpabilidad en materia de error sobre la ilicitud del hecho (error de prohibición).

La otra cara de la antijuridicidad es la licitud. Ahora bien, las causas que excluyen la ilicitud no excluyen la ofensividad del hecho sino tan sólo su contrariedad con el ordenamiento jurídico. Éstas vendrían constituidas por los permisos fuertes (las tradicionales causas de justificación) y permisos débiles (las tradicionales causas de inexigibilidad). Para el catedrático de la Universidad de A Coruña, una de las consecuencias más relevantes es la consideración de estos permisos como causas personales de desconexión de la antijuridicidad. Por consiguiente, la causa que confiere al tipo de acción la licitud, constituida como permiso personal, no alcanzará al partícipe.

Centrado ya en materia de participación y de actuaciones defensivas de terceros, interpreta MARTÍNEZ-BUJÁN que el ámbito de consideración común en relación con el autor tiene que circunscribirse a la realización de un tipo de acción ofensiva al bien jurídico. Se trata, por tanto, de una accesoriedad mínima y objetiva, en la que no se tienen en cuenta los aspectos subjetivos del autor. Ello proporcionaría una solución sencilla para resolver algunos supuestos conflictivos que se han destacado en el marco del Derecho Penal económico. Se está pensando, entre otros, en aquellos casos en los que el dominio de la situación está en manos del administrador de hecho o de derecho, y el obligado tributario, representado por aquél, actúa sin conocimiento de los hechos. Atendiendo al criterio apuntado de la accesoriedad mínima y objetiva, dicho obligado tributario, que dejaría en manos de otro la administración de sus bienes, si incurre en fraude fiscal, no será responsable penal de este tipo de acción por faltarle el dolo y la intención defraudadora. En cambio, al gestor material de sus negocios, en quien concurren estas tendencias subjetivas, en la medida en que su participación se circunscribe al tipo de acción ofensiva y objetivamente considerada, incurriría en responsabilidad penal (si bien podría beneficiarse de la atenuación del art. 65.3 aunque esto es otra cuestión sobre la que nos ilustró más tarde MUÑOZ CONDE). Frente a las dificultades que encontró el finalismo para resolver casos similares, esta tesis es muy respetuosa con los requerimientos del ordenamiento jurídico español, y sus resultados podrían calificarse como muy razonables desde la perspectiva político-criminal.

La consideración de las causas que excluyen la ilicitud del hecho como permisos personales conduce a otra consecuencia importante. Y ocurre que, precisamente por ese carácter personal de la autorización, es posible castigar la participación aun cuando el hecho esté justificado para el autor, en los casos en los que dicho partícipe desconozca la situación de licitud que amparaba la actuación del agente. Por las mismas razones, no habría mayor problema para extender la punición a la participación dolosa en el hecho imprudente del autor.

Con una inagotable capacidad de sistematización, el profesor gallego extrajo muchas otras consecuencias y conclusiones en las que no voy a entrar ahora para no hacer demasiado prolijo este relato. Hubo también un rico debate del que tan sólo voy a destacar un par de referencias (otra intervención relativa al origen histórico de la atenuación del partícipe *extraneus* en un delito especial se reprodujo en la última conferencia, a la que me remito).

Se trajo a colación algún caso de participación en el que, de una u otra forma, se había recurrido a un planteamiento práctico que resolvía el asunto conforme a las reglas apuntadas de la accesoriedad mínima y objetiva. De nuevo se ponía de manifiesto la virtualidad de esta interpretación para proporcionar soluciones a casos reales respetando el espíritu y la letra del Código penal español. También se apuntó y valoró la enorme tarea de sistematización de la concepción significativa de la acción llevada a cabo por la obra del profesor

MARTÍNEZ-BUJÁN. Finalmente, se puso de manifiesto por el propio moderador que, en la medida en que la sistemática derivada de los *Fundamentos del sistema penal* de VIVES ANTÓN era abierta, algunas de las consecuencias dogmáticas traducidas por el ponente podían ser combatidas e interpretadas de forma distinta. Esta puntualización fue compartida por el propio conferenciante quien confirmaba, en efecto, que algunas de las conclusiones vertidas respondían a una perspectiva personal.

D. PERSONA, DERECHO Y DOGMÁTICA PENAL

El segundo ponente del día 19 de junio en la Universidad de Valencia fue el profesor de la Universidad de A Coruña José Antonio RAMOS VÁZQUEZ. En su conferencia, bajo el título "¿Un Derecho Penal para personas?", se reflexionó sobre cuestiones relativas al concepto de persona en Derecho Penal y su utilidad, a las relaciones entre persona y Derecho Penal, y otras similares.

Si he interpretado bien a nuestro compañero, una primera conclusión que se extrae de su análisis es la gran dificultad para encontrar un significado unívoco de persona en Derecho Penal. Nos ilustra con la presentación de un ente multiforme, que adquiere perfiles poco definidos y muy diferentes en materias tales como aborto, maltrato de animales, responsabilidad penal de las personas jurídicas o derecho penal del enemigo.

La definición de persona, por tanto, se hace muy difícil por la problemática constitución de sus características fundamentales, sobre las que nos ilustró RAMOS VÁZQUEZ. Ahora bien, el hecho de que no tengamos un claro concepto sobre esta categoría no significa que el Derecho Penal no esté apegado a la misma. Se pone como ejemplo el hecho punible de maltrato de animales, cuyo bien jurídico se conforma, según la mayoría de la doctrina, no por derechos propios de los mismos, sino por intereses más o menos difusos de los seres humanos. Muy atinadamente, el autor señala una contradicción de la Dogmática en este delito. Pues, si no hay delito sin ofensa a bien jurídico, y si todos los bienes jurídicos de una u otra forma constituyen valores o intereses de la persona, la conclusión contradictoria es que estamos ante una infracción penal que no tutela ningún bien jurídico. Este mismo argumento lo traslada el autor a ciertas formas de castigo de la profanación de cadáveres, que no se justifica nítidamente por afectar a bienes personales.

Estos serían algunos aspectos que reflejarían el poco rendimiento del concepto de persona en el Derecho Penal. Sin embargo, en otros ámbitos, como el que afecta al límite al poder punitivo en la persecución de determinados objetivos, dicha categoría podría tener mayor sentido. Explica así que la crítica más fuerte a la concepción del Derecho Penal del enemigo de Jakobs tiene su origen precisamente en la consideración del enemigo como no-persona. Aquí la institución sería útil como muro de contención para afrontar los violentos empujes al Estado de Derecho.

Es un concepto humano, contradictorio, útil en unas esferas, inútil en otras, que sirve para delimitar y proteger a unos grupos, para dejar indefinidos y desprotegidos a otros; intuimos su esencia, pero somos incapaces de definirla… Es tan humano, y al mismo tiempo tan sacralizado… Por ser tan humano habría que llenar de vida a este concepto, quizás con las palabras. Salvo la última, éstas no son locuciones de RAMOS VÁZQUEZ: son mis vocablos con sus ideas, que (creo) el ponente podría haberlas expresado de este modo.

Tras la ponencia, hubo dos intervenciones. Una de la propia moderadora, relativa al bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animales, que corroboraba la opinión de otro autor dirigida en el mismo sentido que la expresada por RAMOS VÁZQUEZ. La otra, del propio VIVES, que reiteraba este pensamiento de que las definiciones y los conceptos cerrados no resuelven nada, pues su significado queda

acreditado por las prácticas estables, idea que casaría perfectamente con el análisis de la categoría de persona.

E. DOGMÁTICA PENAL E IDEOLOGÍA

La última conferencia del congreso corrió a cargo de Francisco MUÑOZ CONDE, cuyo título, "Sobre el supuesto carácter "apolítico" de la Dogmática jurídico-penal", nos aproximaba de forma nítida al contenido de su exposición.

El autor vertebra su ponencia en tres partes. En la primera analiza las relaciones entre Derecho y Política. En la segunda reflexiona en torno a la validez y vigencia de la conocida afirmación de Von Liszt sobre si el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal. La tercera va dedicada a la posible superación de una Dogmática sustentada a priori sobre bases ontologicistas, fuera de la realidad política y social, totalmente acrítica con el sistema jurídico y su ideología. Como estas temáticas interaccionaron entre sí a lo largo de la ponencia, trataré de realizar una exposición continuada sin un corte preciso en cada una de las partes señaladas.

El Maestro sevillano comienza señalando que el ejercicio de todo poder, que se encuentra en la idea misma de lo político, siempre se somete a reglas que lo limitan y, por tanto, lo legitiman. La regulación de la convivencia humana, que necesariamente tiene que llevarse a cabo a través de determinados objetivos políticos, se realiza por medio del Derecho. Dada la vocación de permanencia de este último, cuando la Política pretende variar de rumbo, puede entrar en conflicto con lo jurídico. El conflicto entre Derecho y Política, en realidad, se encuentra estructuralmente anclado en las relaciones entre ambos. Y, pese a ello, en el Estado actual, no se puede concebir el uno sin la otra, y viceversa (aun cuando algunas experiencias históricas recientes, como la correspondiente al nacionalsocialismo ejerciera el poder sin Derecho). En el Estado de Derecho encontramos cierta armonía entre Derecho y Política, al menos en el plano teórico. Es cierto que existe un Derecho de la vida cotidiana, relacionado con el ámbito civil, laboral, mercantil, etc., que no entra en colisión con lo político, pues apenas afecta a esta esfera. Pero cuando hablamos de intereses mayores, cuando el poder público encuentra un obstáculo en los principios y reglas fundamentales, aquí el operador jurídico se enfrenta ante varias alternativas. Es muy difícil entender que el Derecho, que nace de la Política, constituya al mismo tiempo un límite de la misma. Salvo que se quiera crear un sistema más o menos permanente de reglas y principios que no se vea afectado por decisiones de poder coyunturales e históricas, tarea que resulta muy difícil, si no imposible. Así nació la Dogmática, como un modelo que técnicamente ordenaba y estructuraba los principios rectores del derecho positivo, pero con una mayor vocación universal en el ámbito temporal y espacial. Esta metodología adquiere mayor relevancia en el marco del Derecho Penal, especialmente en el desarrollo de la teoría jurídica del delito de autores como BELING o MEZGER. La definición de delito, como acción u omisión típica, antijurídica y culpable representa un buen ejemplo de estos logros de la Dogmática penal. Bajo estos presupuestos, la Dogmática constituiría la gramática universal del Derecho Penal, ordenada y estructurada con criterios técnico-jurídicos, y sólo técnico-jurídicos; de tal forma que quedaría ayuna de componentes coyunturales vinculados a la realidad social o política.

Sin embargo, la evolución histórica del pensamiento penal nos indica lo contrario. Un constructor de la Dogmática penal alemana como MEZGER estuvo vinculado fuertemente con la política criminal del régimen nacionalsocialista. Prueba de ello son los trabajos del mismo MUÑOZ CONDE que, con una documentación y fundamentación incuestionable, demuestra la implicación del propio MEZGER y también de Exner, en los proyectos de creación de campos de concentración para el tratamiento y exterminio de aquellos

que se entendían como "extraños a la comunidad" (vagos, mendigos, homosexuales, pequeños delincuentes). Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, el mismo MEZGER propone volver a la Dogmática fuerte, y discutir problemas relacionados con la estructura causal o final del delito. Otro gran dogmático alemán, Welzel, no tan implicado como aquél con el nacionalsocialismo (aunque mantuvo siempre su cátedra durante el predominio del Tercer Reich), también se preocupa por desarrollar una ciencia penal fuertemente ontologicista, y vacunada frente a cualquier ideología.

Con estos precedentes, para el profesor de la Universidad Pablo de Olavide no es extraño que esta dogmática ontológica y apolítica tuviera gran éxito en países católicos que habían sufrido, o sufrían, regímenes autoritarios, como España, Italia, Portugal o la mayoría de los países latinoamericanos. En el caso particular de España, la controversia entre causalismo y finalismo fue desatada por discípulos de una u otra doctrina, como RODRÍGUEZ MUÑOZ, DEL ROSAL o ANTÓN ONECA entre los primeros, y Cerezo Mir o Juan Córdoba entre los segundos. Esa polémica entre causalismo y finalismo tuvo gran repercusión en el mundo académico (ninguna en la práctica), y al régimen franquista le interesaba en la medida en que quedaba vedada la injerencia ideológica. Los jóvenes penalistas españoles se enfrascaron en estos debates hasta que aparece otro joven penalista alemán, Claus ROXIN, quien denuncia el poco rendimiento de estas discusiones y propone un sistema abierto de la Dogmática a la Política Criminal. La influencia de ROXIN sería decisiva en autores españoles como el propio MUÑOZ CONDE, y a partir de aquí se inicia en España una nueva Dogmática más abierta a la Política Criminal. Entiendo que, desde otra perspectiva, la constitucional, en este nuevo movimiento más comprometido con el recién nacido Estado democrático, resaltan los manuales de otros autores: el entonces joven MIR PUIG, también muy influido por ROXIN, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, y RODRÍGUEZ MOURULLO. A partir de aquí nacen otros planteamientos que se fundamentan en postulados ideológicos derivados de los principios constitucionales y se abandona, poco a poco, el modelo ontologicista de la Dogmática anterior. En Latinoamérica, sin embargo, el debate entre causalismo y finalismo todavía pervive.

La excusa de la Dogmática para huir de la Política era su pretendido carácter científico, extraño a lo coyuntural, a lo interesado o a lo influido por el poder. Es decir, solo una Dogmática apolítica puede ser una Dogmática científica, y sólo una Dogmática científica puede ser una Dogmática universal. Y aquí el Maestro andaluz se adhiere al Maestro valenciano, cuando considera, trayendo a colación ese párrafo de los *Fundamentos del sistema penal* que tantas veces hemos leído, y que niega que la Dogmática penal pueda ser una ciencia, porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él.

Por ello finaliza su conferencia señalando que la concepción significativa de la acción de VIVES, que supera el ontologismo de versiones anteriores de la Dogmática, rebaja sus pretensiones de "cientifismo", universalidad y "apoliticismo". Esta doctrina se acerca más a la naturaleza del ser humano, como ente que interacciona y se comunica con los demás a través del lenguaje, posibilitando así una razonable convivencia humana a través del Derecho. Constituiría, por tanto, un planteamiento mucho más apto para explicar un Derecho Penal de personas, tanto en lo que se refiere al delito, como a las reacciones sociales ante el mismo.

Tras la conferencia, no hubo debate, pero sí una nueva intervención de MUÑOZ CONDE. Nos explicó el origen histórico del art. 65.3 del Código penal español en Alemania, de donde deriva. Y aquí el profesor de la Universidad de Pablo de Olavide nos sorprendió de nuevo desvelándonos, una vez más, las razones ideológicas del precepto legal. Fue introducido en el StGB alemán en los años sesenta para buscar la prescripción de los delitos más

graves perpetrados por los ejecutores de las órdenes de los jerarcas nazis (que la jurisprudencia consideraba cómplices con base en la teoría subjetiva de la autoría) durante el gobierno del Tercer Reich. Si a la complicidad se le añadía una atenuación específica por carecer el sujeto de las condiciones personales del autor, la pena, aun cuando el delito fuera el más grave en esta época (asesinato), se aminoraba considerablemente, y el proceso finalizaba con la absolución por prescripción. Precisamente esta fue la razón que llevó a Roxin a elaborar su doctrina de la teoría de la autoría mediata en los delitos perpetrados utilizando los aparatos estatales de poder, combatiendo así esta vergonzosa impunidad de los más horrendos crímenes nazis. MUÑOZ CONDE nos muestra, una vez más, que la pretendida asepsia de la Dogmática encubre en realidad una perversión de naturaleza política, totalmente ilegítima. Pues este origen ideológico no aparece en ningún manual de Derecho Penal alemán, y menos todavía, en España.

5. CONCLUSIONES

En el apartado dedicado al objeto de este encuentro, he apuntado las funciones que normalmente se le atribuyen a la Dogmática penal. Ahora voy a recordarlas de nuevo, una a una, y voy a ensayar las respuestas que los conferenciantes de este congreso han aportado en sus ponencias, trasladándolas a este ámbito común de las conclusiones.

1. Sobre la contribución de la Dogmática penal a una más razonable aplicación de la ley penal.

Aquí encontramos dos respuestas muy críticas. VIVES nos muestra cómo el metalenguaje y la construcción ontológica de conceptos se impone por encima de las exigencias legales y constitucionales, no respetando el texto de la norma. De esta manera, se suele extender la responsabilidad penal más allá del ámbito limitado por los vocablos de la ley. MUÑOZ CONDE llega a denunciar que las controversias entre causalismo y finalismo ocultaban la utilización ideológica del Derecho y sus reformas no siempre obedecían a una mejora técnica de los preceptos.

Por el contrario, una aplicación razonable del Derecho Penal se consigue, no, desde luego, con la creación de conceptos cerrados a los que se somete la realidad. Es preferible el recurso al desvelamiento del significado del comportamiento humano descrito a través del lenguaje indagando las prácticas externas y estables.

2. Sobre su rendimiento en cuanto otorga al intérprete un mayor conocimiento sobre el contenido y alcance de los preceptos penales.

Continuando con la conclusión anterior, la Dogmática crea sus propias instituciones prescindiendo del derecho positivo. La doctrina se ha esforzado más en amoldar ese derecho positivo a su propia concepción, que a interpretar de forma rigurosa las normas penales conforme a la práctica jurisprudencial. En este punto, también destacan dos intervenciones que ponen de manifiesto la acertada crítica, en este sentido, de la concepción significativa de la acción. Por un lado, permite orientar el conocimiento del Derecho a través de la experiencia de los tribunales en un acercamiento entre los sistemas del *Civil law* y *Common law* (BUSATO). Por otro lado, posibilita, como ha señalado MARTÍNEZ-BUJÁN, una clara y coherente ordenación de las categorías del sistema penal, que conduciría a unas razonables consecuencias político-criminales totalmente compatibles con el ordenamiento jurídico español.

3. Sobre el fortalecimiento de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos por parte de la Dogmática penal.

También íntimamente relacionada con las anteriores consideraciones, aquí se ha respondido de nuevo negativamente. La mayoría de los conferenciantes, de una u otra forma, han puesto de manifiesto el constante y progresivo incremento de todo tipo de teorías para

cualquier mínimo problema de interpretación de la ley. De tal suerte que un ciudadano no siempre puede predecir con anterioridad al acto que le vincula al sistema penal, cuáles van a ser las consecuencias que el mismo le va a acarrear. Esto permite a la jurisprudencia, en ocasiones, acogerse a una u otra doctrina sin necesidad de someterse a las exigencias del derecho positivo, como han mostrado alguno de los ejemplos vertidos en las exposiciones (en materia de autoría y participación, comisión por omisión, imputación objetiva, atenuación en la participación, etc.).

4. *Sobre la protección de las garantías constitucionales de aquellos que, de una u otra forma, se ven inmersos en el sistema de justicia penal.*

Si se examina el índice de un manual de Derecho Penal alemán, es muy difícil encontrar apartados específicos que se dediquen a explicar los principios constitucionales del sistema penal. Ello es así porque en el país en el que nace la Dogmática penal, se ha pretendido tecnificar sus conceptos e instituciones, olvidando en muchos casos su origen en la norma fundamental. Así la Dogmática retrocede, cada vez más, ante el avance de una Política Criminal punitivista. La Dogmática ha sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema, y es capaz de justificar cualquier planteamiento. Entre ellos, los conferenciantes e intervinientes en los respectivos debates, trajeron a colación el Derecho Penal del enemigo (RAMOS VÁZQUEZ, MUÑOZ CONDE) y la Dogmática de la peligrosidad (VIVES, CARBONELL).

5. Sobre la capacidad de la Dogmática para ofrecer al legislador una adecuada orientación en la reforma de la legislación penal.

La mayoría de los países del ámbito occidental continental recurren a la academia universitaria para obtener informes que mejoren técnicamente los proyectos de ley, y que éstos puedan adecuarse a los objetivos político-criminales conforme a la Constitución. Pero de nuevo la pretendida caracterización universal de la Dogmática introduce categorías e instituciones propias de otros países, sin tomar en consideración la razón de ser de su concreto origen ni tampoco la tradición jurídica nacional. Es cierto que los profesores universitarios han elaborado excelentes textos punitivos merced a su buen conocimiento del derecho positivo, de la jurisprudencia que lo aplica y de las teorías que lo explican. Pero también es verdad que, bajo criterios dogmáticos del empleo de una mejor técnica jurídica, o de la introducción de una institución novedosa, se han cometido, o se van a cometer, grandes errores. MUÑOZ CONDE ponía el ejemplo de cómo un gran penalista, Dreher, fue el responsable de que se introdujera en el StGB la atenuación del partícipe e*xtraneus* en un delito especial, pero con una finalidad ideológica que buscaba la impunidad de graves crímenes nazis. La futura reforma del texto punitivo español, en la que también están contribuyendo algunos expertos penalistas, ya ha mostrado la pretensión, en algún momento, de introducir medidas jurídico-penales extrañas a nuestra tradición y que han sido dura y justificadamente criticadas, como la custodia de seguridad o la prisión permanente revisable, y en general, el Derecho Penal de la peligrosidad.

6. Sobre la función de la Dogmática de favorecer el estudio del Derecho Penal en la Universidad.

No se puede negar que el estudio del Derecho Penal en las universidades europeas continentales es muy similar. La distribución entre Parte General y Parte Especial, la división interna de cada una de éstas, la utilización de una terminología especializada facilita la ordenación y sistematización de los conceptos y principios del Derecho Penal. Sin embargo, se puso varias veces de manifiesto en el congreso, que las dificultades afloran cuando se intenta explicar con estos parámetros los sistemas penales anglosajones o el vecino francés. Y también se destacó que no por ello los estudiantes de Derecho franceses, británicos o estadounidenses son peores que los alemanes, españoles o italianos. Esta Dogmática facilita el estudio del ordenamiento jurídico positivo, pero dicho

estudio no se acerca a la práctica jurídica. En este sentido, VIVES criticaba el conceptualismo jurídico-penal de la Dogmática, que determinaba que otros colegas u órdenes jurisdiccionales no nos entendiesen. MUÑOZ CONDE apoyaba esta idea señalando con su fina ironía lo felices que podían vivir los juristas anglosajones o franceses sin la influencia de la Dogmática alemana.

7. Sobre la aptitud de la Dogmática penal para proporcionar un modelo teórico que resuelva los conflictos de los seres humanos sin servir a ninguna ideología.

La pretendida asepsia política de la Dogmática es una falacia. Desde su nacimiento hasta hoy en día, se ha querido introducir, como algo conforme a su idiosincrasia, las características de la universalidad y el carácter científico. Pero el propio VIVES ha demostrado en muchos de sus trabajos que el "cientifismo" esconde una ideología perversa. El propio pensamiento político de la globalización se encuentra acurrucado bajo el "cientifismo" y "efectivismo". MUÑOZ CONDE nos ha mostrado cómo la Dogmática ha cubierto y tapado las perversidades de la actuación política que favorecía a criminales nazis. Mejor sería rebajar las pretensiones de la Dogmática y desvelar los fundamentos político-criminales de sus conceptos, categorías e instituciones. Por ello se prefieren aquellas propuestas que presentan sistemas abiertos, bien a la Política Criminal, bien al ámbito comunicativo proporcionado por el lenguaje a través de las prácticas estables. En ambos casos no se excluye un anclaje del Derecho Penal con la ideología; más bien se rechaza un modelo ideológico concreto y se acepta cualquiera que pudiera derivar del Estado constitucional.

8. Sobre las posibilidades reales de la Dogmática para poner en práctica en la vida social el valor Justicia.

El pretendido carácter científico de la Dogmática arrastra su excesiva abstracción y alejamiento de la realidad. Se olvida que nos encontramos ante un Derecho Penal de la persona. Y aunque se ha puesto de manifiesto la difícil semántica de este último término (RAMOS VÁZQUEZ), el Derecho no deja de ser un producto humano para resolver conflictos entre los humanos. Y si se acepta, como se ha dicho en este congreso siguiendo al Maestro VIVES, que el Derecho Penal no es una ciencia, porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él, entonces, o la Dogmática cambia de pretensión, o nada aportará para resolver los conflictos de la vida social, de forma racional y legítima. Sin embargo, concebido el Derecho Penal como el estudio del significado y alcance de las acciones humanas y sus consecuencias bajo el prisma de la norma jurídica, entonces aparecerá el Derecho de las personas. Un Derecho que persigue una convivencia razonable en la que imperen valores de Justicia, o realizaciones parciales de la misma: algo difícil de definir, pero que todos sabemos de qué se trata. Algo así como protección de bienes jurídicos, seguridad jurídica, proporcionalidad de las medidas de intervención penal en relación con el conflicto originado, límites del poder punitivo en las garantías constitucionales, etc.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres y 55.000 como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. La primeraletra decada palabra clave será mayúscula. El título del artículo en español e inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección «Temas de Hoy», se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la *Revista teoría & derecho* lo hará constar.
9. Las traducciones y texto de la sección titulada «Varia» no exigen el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza el anonimato de los evaluadores. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

III. SISTEMA DE CITAS:

Podrán utilizarse únicamente una de las dos formas de cita siguientes:

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias

bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (Vives 2011:129)

Se utilizará el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo. Las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (Vives 2011:129)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, año de publicación, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, «Título del artículo o capítulo». *Título de la revista o del libro,* volumen, numero, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

IV. PLAZOS

Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a al siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

VII. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores. En revistas jurídicas multidisciplinares
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas
http://epuc.cchs.csic.es/circ/

I. SUBMISSIONS TO THE JOURNAL TEORÍA & DERECHO

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. *Debate* and *Estudios* originals should average between 22.000 and 56.000 characters in length, spaced in 1,5, and 12p for the body type.
3. The deadlines for submissions to be included ends May 1st and November 1st, to the number of December and June of the following year, respectively.
4. The authors must indicate the title of the paper, complete name of the author(s), position of the author(s), and their institution, to be included on the article.
5. The authors must send with their submission their personal data (specifically, postal address, telephone number and electronic address) in order to allow the Journal to mantain contact with them.
6. Submissions must include the following elements: title (in Spanish and English), an abstract (10 lines or 1000 characters; in Spanish and English), and between 5 or 6 key words.
7. Submissions should include a Summary, where the titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the next criteria: Arabic Numbers (1, 2, 3); Upper case (A, B, C); and Lower case with brackets a), b), c).
8. Submissions to the section *Temas de Hoy* may omit the formal requeriments (abstracts, peer review, length and to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would record it.
9. The former requirements cannot be required to translations and papers submitted to the *Varia* section.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the submissions to be published, all of them will be reviewed through a peer review process. The assessment shall be made by two reviewers. One of them shall be the editor of the issue or the debate. The other one shall be a person with expertise in the subject of the paper. Any of them shall know the identity of the author, neither the author shall know the identity of the reviewers. To be published, submission must obtain the positive assessment of both of them. In case of contradiction, the final decision is allocated in the Editorial Board. Authors shall receive the result of review process and, if necessary, make modifications in the submission according with the comments of the reviewers. Authors shall receive a communication though e-mail informing them about de publication of their work, after the Editorial Board would have considered it again.

Reviewers must take into account specifically:

- Its thematic suitability;
- The scientific quality and rigor of the arguments presented;
- Its appropriate structure;
- The opportunity and relevance of the submission in its research field.
- The validity of used data and the bibliographical resources.

III. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Having into account the nature of the Journal, orientated to the theoric thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the paper, trhough a bibliogra-

phic note which reflects the state of art, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The shorten citation system can be also used. In this case, all citations must be placed in a list of bibliography within an endnote. At the end, it should be included a list of bibliography, according to the next criteria. Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (Vives 2011:129).
3. If some papers of the same author are cited, they should be ordered chronologically. If these are published in the same year, they will be ordered alphabetically with lower case. In any case, bibliographical references must be quoted in the following manner: Surname/s, Name, Title, Place of edition, editor, year of publication, number of pages (occasionally, the collection). Books, chapters of books, and papers, etc., will be distinguished. Surname/s, Name, "Title of the paper or the chapter". Title of the Journal or Book, Volumen, Number, Place of edition, year of publication, number of pages.

IV. DEADLINES

Submissions are required before May 1st (for December's issue) and before November 1st (for June's issue).

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. MEMBERS OF THE BOARD AND THE COMMITTEE

To become a member of the Editorial Board and the Scientific Committee, it should require: to be professor (*Catedrático*) of some University and/or a Center of Research; to be older than 50 years old; to be a renowned professor within the scholarship. All these requirements should be accomplished when they accede to any of these bodies.

VII. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Original should be send to the e-mail address: teoria.derecho@uv.es

You can also send it by post a manuscript and a digital copy to Revista Teoría & Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

VIII. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria): http://www.latindex.unam.mx/buscador/ paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791

RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores

DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443

ANEP: Category B

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals: http://epuc.cchs.csic.es/circ/ RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications

tirant lo blanch

teoría & derecho

http://teoriayderecho.tirant.com

libertad de pensamiento

razón

ideas

teoría

inteligencia

debate

ilustración

praxis

verdad

lógica

nº 16

PVP 55,00€

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 16/2014