

LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO
A LA VIVIENDA EN EL ÁMBITO PRIVADO:
OBJETO ESPECIALMENTE PROTEGIDO
Y LÍMITE DEL DERECHO DE PROPIEDAD¹

Two dimensions of the right to housing in private
law: An especially protected property and a limit
to the right to property of others

MIRIAM ANDERSON
Universidad de Barcelona
miriam.anderson@ub.edu

Cómo citar/Citation

Anderson, M. (2021).

La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado:
objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad.

Derecho Privado y Constitución, 38, 81-117.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.38.03>

(Recepción: 18/03/2021; aceptación tras revisión: 08/05/2021; publicación: 30/06/2021)

Resumen

A raíz de la crisis inmobiliaria y financiera se han ido aprobando normas estatales y autonómicas que, sin una visión estructural clara, perfilan la dimensión dual con la que el derecho a la vivienda permea la protección del derecho de propiedad frente a (ciertos) acreedores y, por otro lado, delimita este derecho, estableciendo nuevos límites a su ejercicio ordinario. En ambos casos, la tensión con el derecho a la tutela judicial efectiva es evidente. El presente trabajo proporciona una aproximación a las normas estatales y autonómicas que más inciden en estas líneas, para proponer, como una herramienta más, controles de proporcionalidad que eviten soluciones mecánicas.

¹ Este trabajo forma parte de las actividades realizadas en el marco del Proyecto DER2017-82129-P y del Grupo consolidado de investigación 2017SGR151.

Palabras clave

Vivienda; propiedad; función social; tutela judicial efectiva; alquiler social.

Abstract

As a result of the 2008 crisis, state and regional legislation on housing has been enacted. Such regulations do not stem from a clear structural vision, but they do outline the two facets in which the right to housing permeates the protection of the right to property against (certain) creditors and, on the other hand, restricts said right, by establishing new limits to its ordinary exercise. In both cases, the tension with the right to effective judicial protection is evident. This paper provides an overview of the state and autonomous community regulations with most impact in this respect and it proposes, as a further tool, proportionality controls in order to avoid inflexible solutions.

Keywords

Housing; property; social function; right to effective judicial protection; social rent.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA VIVIENDA COMO OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD ESPECIALMENTE PROTEGIDO: 1. Contexto. 2. Panorama normativo: 2.1. *Medidas estatales dirigidas a deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social: el Código de Buenas Prácticas, la moratoria de lanzamientos y los alquileres «sociales».* 2.2. *Medidas estatales dirigidas a proteger a deudores hipotecarios cuando está en juego la vivienda habitual.* 2.3. *Algunas medidas autonómicas. En particular, el alquiler social obligatorio.* 3. Perspectiva europea: 3.1. *La ponderación con otros derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva.* 3.2. *La vivienda como bien de consumo y de inversión.* III. EL DERECHO A LA VIVIENDA COMO LÍMITE DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. Las restricciones generalmente admitidas: 1.1. *Los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración.* 1.2. *El control de rentas.* 2. Las restricciones más cuestionadas: 2.1. *Las expropiaciones de uso.* 2.2. *El concepto de vivienda vacía y la obligación de destinar el inmueble a uso habitacional.* 2.3. *El alquiler social obligatorio.* IV. DE LA PROPORCIONALIDAD EN ABSTRACTO A LA PROPORCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO. V. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la vivienda es un bien de primera necesidad², instrumental a la tutela de las necesidades humanas más básicas³. En este sentido, su conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución; en adelante, CE) es inmediata e, incluso, en el actual contexto de pandemia se percibe, si cabe con mayor intensidad, que la seguridad en la vivienda es una cuestión de pura supervivencia, con lo que enlaza con el derecho a la vida y a la salud (arts. 15 y 43 CE).

Pese a ello, en el sistema español —como, en realidad, también en el marco europeo⁴— la protección que se garantiza al derecho a la vivienda (art. 47 CE) se encuentra en buena medida subordinada a la tutela de otros

² Kenna (2010: 11).

³ Hohmann (2013: 4)

⁴ *Infra* II.3.

derechos a los que se atribuye un rango superior. En ocasiones, porque se trata de salvaguardar el propio Estado de derecho (art. 24 CE); en otras, porque fundamentan el sistema de mercado en que se asienta la economía (art. 33 CE).

En las sociedades occidentales la vivienda cumple una doble función, como bien social, pero al mismo tiempo como bien de consumo y de inversión. De ahí que la ponderación con otros derechos humanos sea siempre compleja. El problema del acceso, la adecuación y la seguridad de la vivienda es prácticamente universal y hallar soluciones es complicado, puesto que los distintos aspectos que confluyen en su provisión se comportan como vasos comunicantes, de modo que cuando se procura dar respuesta a un problema concreto, se corre el riesgo de generar el efecto contrario al perseguido en otros frentes igualmente relevantes.

En las páginas que siguen se realiza un recorrido, que no será ni mucho menos exhaustivo, de la evolución de la legislación generada en España, a partir de la crisis de 2008, con la intención de proteger el derecho a la vivienda, especialmente de los colectivos más vulnerables. Aunque se trata en muchos casos de regulaciones de urgencia, derivadas de un determinado contexto normativo, social y económico, y, por tanto, hasta cierto punto contingentes, de su análisis se infiere la transversalidad de ese pobre «derecho económico y social», puesto que explica tanto el refuerzo de la posición del propietario de la vivienda habitual frente a algunos de sus acreedores como, por otro lado, la erosión del derecho de propiedad, al menos de ciertos tenedores. Se avanza, pues, en la línea de instrumentalizar la propiedad al servicio del interés general; en otros términos, se pone de relieve el carácter maleable del derecho de propiedad y su adaptabilidad a la función social que está llamado a desempeñar, dependiendo de si sirve o no para cubrir las necesidades de vivienda de su titular.

Así, por un lado, destacan las medidas adoptadas para proteger al deudor hipotecario, especialmente si se encuentra en riesgo de exclusión social. Algunas se idearon como transitorias, pero ahora parece que han venido para quedarse, y otras, que prescinden de la concreta situación de la unidad de convivencia afectada, podrían dar pie a perfilar un régimen jurídico especial para la hipoteca sobre la vivienda habitual en general. No resulta descabellado interrogarse sobre si también los derechos reales de garantía están llamados a desempeñar una función social. Por otro lado, son abundantes las medidas aprobadas por las comunidades autónomas que, con mayor o menor intensidad, persiguen movilizar el parque de viviendas vacías en manos de grandes tenedores y que han tenido una suerte irregular ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). Las que mayor impacto tienen sobre el derecho de propiedad son, sin lugar a dudas, las que obligan a ofrecer un alquiler a cambio

de una renta calculada en función de los ingresos de la unidad de convivencia. Su constitucionalidad o no está todavía por ver, así como también su encaje en el marco europeo de derechos humanos, pero tienen la virtualidad de demostrar claramente que esta normativa, por imperativa y «administrativa» que sea, es derecho civil, en la medida en que regula relaciones entre particulares, como sucede con la (también en gran medida imperativa) legislación de arrendamientos urbanos. Por consiguiente, y tal y como ha sucedido también en este último ámbito, será preciso acostumbrarse a su influencia a la hora de delimitar el contenido ordinario del derecho de propiedad (y seguramente también de otros derechos reales).

Al final de este trabajo se intentará valorar la conveniencia de este tipo de medidas, para cuestionar que la aplicación de reglas mecánicas resulte siempre adecuada. Tal vez un juicio de proporcionalidad, caso por caso, con criterios marcados por el legislador, resulte una alternativa a considerar. De hecho, y aunque no se trata de analizar aquí las medidas adoptadas para paliar los efectos de la covid-19⁵, una incipiente noción de proporcionalidad valorada por el juez aparece por primera vez en este contexto. Quizá sea esta la puerta de entrada para el tipo de ponderación que distintos sectores doctrinales han venido demandando desde hace ya unos años y que, hasta ahora, el sistema español era reacio a adoptar, siendo así que el objetivo de reducir la litigiosidad es igualmente esencial para la garantía del acceso de los ciudadanos a la justicia.

II. LA VIVIENDA COMO OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD ESPECIALMENTE PROTEGIDO

1. CONTEXTO

Como es bien sabido, a raíz de la crisis económica y financiera de 2008, las ejecuciones hipotecarias en España se incrementaron de manera alarmante, afectando tanto a locales y promociones inmobiliarias enteras como a particulares que, generalmente, habían adquirido la vivienda habitual con un préstamo hipotecario durante los años del *boom* inmobiliario o bien la habían hipotecado para sufragar gastos de consumo o empresariales.

Aunque el sistema hipotecario había funcionado de manera correcta durante décadas, especialmente cuando los préstamos garantizados tenían

⁵ Sobre ellas, entre otros, con visiones globales y críticas, García Rubio (2020: 15-46) o Nasarre Aznar (2020: 273-308).

plazos de vencimiento que ahora parecerían extremadamente cortos, la crudeza del procedimiento de ejecución privilegiada, uno de los más rápidos en nuestro entorno pese a la sobrecarga del sistema judicial, se dejó sentir.

La lógica interna del funcionamiento de la garantía hipotecaria, en la que la responsabilidad patrimonial universal del deudor opera como correlativo a la prohibición del pacto comisorio, es incontestable (aunque no universal), pero la prensa diaria se hacía eco de la percepción de injusticia derivada de añadir a la pérdida de la vivienda habitual la eventual reclamación de deudas residuales, a lo que condujo un considerable activismo, frecuentemente encaminado a establecer la dación en pago obligatoria para el acreedor.

El legislador no fue tan lejos, sino que se limitó a aprobar distintas disposiciones dirigidas a proteger la vivienda habitual, especialmente de deudores en riesgo de exclusión. Paralelamente iban apareciendo en diversos preceptos normas que introdujeron especialidades en el régimen de la hipoteca cuando recae sobre la vivienda, que hicieron sospechar de la configuración de una propiedad distinta o de una garantía con particularidades.

2. PANORAMA NORMATIVO

2.1. *Medidas estatales dirigidas a deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social: el Código de Buenas Prácticas, la moratoria de lanzamientos y los alquileres «sociales»*

Tras cuatro años de crisis, dejando a salvo líneas de crédito que tuvieron poco éxito⁶ y una reforma del art. 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y de los mínimos inembargables⁷, la primera medida que se adoptó fue el llamado Código de Buenas Prácticas (en adelante, CBP), regulado por el RDL 6/2012⁸.

Baste aquí recordar sucintamente que el CBP es de adscripción voluntaria para las entidades financieras, como lo han sido también sus sucesivas modificaciones, pero una vez adheridas al mismo, su cumplimiento es obligatorio⁹. Si el deudor (o el fiador o el hipotecante) se encuentra en los parámetros

⁶ Pueden verse los informes anuales del Instituto de Crédito Oficial correspondientes a 2008, 2009 y 2010 en: <https://www.ico.es/web/ico/informe-anual> (visitado el 12-2-2021).

⁷ *Infra* II.2.2.

⁸ RDL 6/2012, de 9 de marzo (BOE, 60, de 10-3-2012). Texto consolidado disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/03/09/6/con> (visitado el 4-3-2021).

⁹ Sobre su consideración como derecho opcional y no propiamente como código de conducta, Alonso Pérez (2015: 33-40).

de riesgo de exclusión que marca el texto legal, y el esfuerzo de hacer frente a las mensualidades se ha incrementado en los últimos cuatro años, también según los criterios marcados, podrá exigir que la entidad reestructure la deuda, de modo que durante cinco años se abonen únicamente intereses calculados sumando al euríbor un diferencial de 0,25 puntos, y que se extienda el plazo hasta cuarenta años, de manera que pasados los cinco años de carencia de amortización las cuotas no incrementen de forma inasumible. Si los pagos mensuales resultantes de la reestructuración resultan inviables, por representar más del 50% de los ingresos de la unidad familiar, la entidad puede ofrecer una quita (cosa que podría hacer viable la reestructuración) y, en último extremo, se le impone la dación en pago extintiva de la deuda. En este último caso, es preciso que el préstamo que no se puede satisfacer estuviese destinado a adquirir la vivienda habitual y que no existan cargas posteriores a la hipoteca.

Aunque la mayoría de las entidades financieras españolas se adhirieron al CBP de manera inmediata, su aplicación inicial fue casi insignificante, entre otras cuestiones porque en la redacción original se exigía, fiel a su título, que la unidad familiar no tuviese ingresos. Este requisito se ha ido flexibilizando, al igual que otro de los obstáculos a la extensión de su ámbito de aplicación, como es el relativo al precio de adquisición del inmueble¹⁰, que no puede exceder de ciertos límites, los cuales, sin embargo, quedan todavía lejos de los precios de mercado reales anteriores a 2008.

El CBP se concibió inicialmente como una medida transitoria, puesto que regía únicamente para préstamos o créditos concluidos con anterioridad al momento de su entrada en vigor, pero la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario¹¹, extendió su ámbito a créditos o préstamos suscritos con posterioridad. El CBP, por tanto, ha pasado de ser una medida temporal a consolidarse en el sistema¹².

La reestructuración supone un límite a la facultad de realización de valor del acreedor, puesto que opera con anterioridad al inicio o a la finalización de la ejecución con la subasta y adjudicación. Aunque la finalidad de la norma sea proteger la morada, no la propiedad¹³, la reestructuración y la quita operan como mecanismos para la conservación de la propiedad; es decir, se tutela la vivienda por medio de la protección de la titularidad real del deudor. Se trata de una salvaguarda de la que no han gozado los arrendatarios; bien al

¹⁰ En sentido parecido, Alonso Pérez (2015: 43-49); Domínguez Luelmo (2018: 250).

¹¹ *BOE*, 65, de 16-3-2019.

¹² No parece que ello haya afectado a la decisión de las entidades a permanecer adheridas al CBP: *BOE*, 31, de 5-2-2020.

¹³ Domínguez Luelmo (2018: 2050).

contrario, en 2009¹⁴ se procuró agilizar el desahucio, y en 2013, entre otros cambios, se redujo la duración mínima del contrato¹⁵. Y ello pese a que, en muchos casos, la precariedad en la vivienda podía ser igual o superior. Solo alguna disposición autonómica tuvo en cuenta esta realidad¹⁶. Por consiguiente, el CBP protege al propietario de la vivienda habitual como tal, frente a un tipo concreto de acreedor, cuya posición se ve limitada.

También la dación en pago restringe las facultades del acreedor, al forzarle a recibir una prestación distinta a la debida, tal vez de valor inferior a la financiación prestada, pero no protege al deudor frente a la privación de la vivienda habitual (ni siquiera por medio del arrendamiento, de duración breve y potencialmente caro, previsto para estos casos¹⁷), sino únicamente frente al lastre de una deuda residual, que ciertamente puede dificultar el acceso a un nuevo alojamiento.

Sin embargo, y por mucho que las entidades financieras se vieran en cierta medida forzadas a adherirse al CBP para contrarrestar la mala prensa de la que eran objeto, sigue tratándose de una batería de medidas enfocadas solo a determinadas personas y, de modo más relevante, de suscripción voluntaria para el acreedor, que, en la inmensa mayoría de los casos, ha aceptado la paulatina extensión del ámbito de aplicación de la norma. Supone, por tanto, una erosión menor de la garantía real, seguramente asumida como parte de la responsabilidad social de la empresa en sentido amplio¹⁸.

Otra medida inicialmente introducida en 2012¹⁹, y actualmente regulada en la Ley 1/2013²⁰, es la llamada moratoria de lanzamientos. Para las personas que se encuentren en riesgo de exclusión social según los parámetros que recoge

¹⁴ Ley 19/2009, de 23 de noviembre (BOE, 283, de 24-11-2009).

¹⁵ Ley 4/2013, de 4 de junio (BOE, 134, de 5-6-2013).

¹⁶ *Infra* II.2.3.

¹⁷ Para una deuda residual de 250.000 euros (nada infrecuente, especialmente cuando se iniciaron las ejecuciones en masa), al calcularse el alquiler previsto por el CBP sobre la base de la deuda pendiente, ascendería a unos 625 euros/mes, lo que, en la generalidad de los casos, lo haría inasumible para economías domésticas que no podían acceder a la reestructuración, por superar el pago de intereses (referenciados al euríbor y con un diferencial del 0,25) el 50% (inicialmente el 60%) de sus ingresos. Nada tiene este alquiler de «social».

¹⁸ Pese a ello, todavía en 2019 el CBP seguía ocupando un lugar destacado en las reclamaciones formuladas por usuarios de entidades financieras: Banco de España (2020: 63, 224-269).

¹⁹ RDL 27/2012, de 15 de noviembre (BOE, 276, de 16-11-2012).

²⁰ BOE, 116, de 15-5-2013, texto consolidado disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073> (visitado el 12-3-2021).

la ley (los cuales se han ido alineando con los requeridos para la aplicación del CPB en sucesivas reformas), y que hayan perdido su vivienda habitual en un procedimiento de ejecución hipotecaria, se prevé que no pueda procederse al lanzamiento por un plazo que actualmente, tras múltiples prórrogas, finaliza en mayo de 2024²¹.

Inicialmente la medida solo regía para supuestos en que el acreedor o un tercero que actuase por su cuenta se hubiese adjudicado el inmueble (es decir, estaba pensada para los escenarios, harto frecuentes, de subasta desierta), pero en la actualidad, tras la reforma operada en marzo de 2020²² (que, inmersa en el alud de disposiciones relativas a la covid-19, ha pasado prácticamente desapercibida), se aplica si la vivienda habitual se ha adjudicado al acreedor, o a *cualquier otra persona física o jurídica*, con lo que el alcance de la medida adquiere una nueva dimensión.

Ya en las previsiones originales, la imposibilidad de recuperar la posesión del inmueble durante —entonces— cuatro años, limitaba de manera importante los derechos del acreedor hipotecario ante el incumplimiento. Adquiría directamente o por medio de un tercero la vivienda si, como era habitual, no había postores idóneos en la subasta, pero difícilmente podría encontrar comprador, puesto que el inmueble seguiría ocupado, sin que su antiguo propietario abonase cantidad alguna en concepto de renta ni se hiciese cargo de los gastos que generase el bien. Para el propietario ejecutado la solución tampoco era óptima, al haber perdido irrevocablemente la titularidad de su vivienda; habiendo llegado a este extremo, difícilmente estaría en condiciones de volver a adquirirla en un futuro cercano. A día de hoy, la medida sigue estando prevista como temporal (pese a que puede haber durado más de once años), pero su alcance parece ir más allá de los casos de subasta desierta, para afectar a toda ejecución hipotecaria, puesto que cualquier adquirente debe respetar la posesión del antiguo propietario²³. Por consiguiente, las posibilidades de que el acreedor hipotecario pueda recuperar el valor en venta del bien se desvanecen, al tiempo que se desincentiva todavía más si cabe la participación en la subasta, lo que, por otro lado, supone también un potencial perjuicio para el deudor, al menos si se parte de la noción ideal de que el

²¹ Queda la duda de si estas sucesivas prórrogas, aunque las establezca el Estado con rango de ley, superarían el control del TEDH, a la luz del criterio mantenido cuando la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva queda en suspenso por un lapso de tiempo largo. *Infra* II.3.1.

²² RDL 6/2020, de 10 de marzo (BOE, 62, de 11-3-2020).

²³ Propone una interpretación correctora Jiménez París (2020: 3977-3979).

sistema persigue la obtención del valor más alto posible, en beneficio tanto del propietario como del ejecutante²⁴.

Cabe notar, por otro lado, que la moratoria solo afecta a supuestos en que la vivienda habitual se haya perdido a raíz de una ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial. Este es un error en el que cayeron múltiples disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis, ignorando la posibilidad que tiene el acreedor de perseguir los bienes de su deudor, incluida la vivienda habitual si permanece en su patrimonio, por la vía de la ejecución del título extrajudicial que documenta el préstamo o crédito. Por tanto, la protección al deudor en riesgo de exclusión, y la limitación a las vías de cobro a disposición del acreedor, se produce únicamente en relación con uno de los procedimientos que el ordenamiento pone a su alcance²⁵. En consecuencia, parece que más que proteger la vivienda habitual, que puede ser agredida por otros medios y también como consecuencia de otro tipo de deudas, la salvaguarda se establece únicamente frente a un determinado procedimiento considerado excesivamente expeditivo²⁶. La razón se encuentra seguramente en la presión mediática contra la ejecución hipotecaria, pero el resultado, intencionado o no, es un ordenamiento que protege a (algunos) sujetos contra los excesos del propio sistema.

Por otro lado, conviene tener presente que, pese a su título, la Ley 1/2013 difícilmente puede verse como un instrumento que implemente el alquiler social. En su redacción original, esta cuestión se abordaba únicamente de modo programático, en la disposición adicional primera, para reiterar el encargo al Gobierno de promover con el sector financiero lo que finalmente sería el *Fondo Social de Viviendas*. Este, que todavía se describe como plenamente operativo²⁷, se constituyó sobre inmuebles que las entidades financieras, por convenio, sujetan al mismo y que se ofrecen en alquiler con rentas que oscilan entre los 150 y los 400 euros/mes, sin que en ningún caso puedan superar el 30% de los ingresos de la unidad de convivencia²⁸. Este modelo parte de involucrar al sector privado, voluntariamente, en la provisión de alojamiento a precios inferiores a los del mercado y, por tanto, no delimita

²⁴ En sentido parecido, Messía de la Cerda (2020: 3422).

²⁵ Cfr. Jiménez París (2020: 3977-8).

²⁶ Sobre esta nota del procedimiento hipotecario español, en contraste con otros sistemas, por ejemplo, Enoch *et al.* (2014: 419-425).

²⁷ RDL 37/2020, de 22 de diciembre, exposición de motivos ap. I, párr. 12 (BOE, 334, de 23-12-2020).

²⁸ <https://www.fondosocialdeviviendas.es/> (visitado el 12-2-2021).

de modo imperativo la configuración de los derechos en juego. Forma parte de la política de fomento de la vivienda.

En 2017²⁹ se estableció que el deudor que haya obtenido la suspensión del lanzamiento en aplicación de la Ley 1/2013 podrá imponer al acreedor ejecutante o a quien actúe por su cuenta un arrendamiento de vivienda por una renta anual máxima del 3% de su valor al tiempo de la aprobación del remate. El arrendamiento se alargaría hasta cinco años, a voluntad del arrendatario, y se podría pactar su renovación por cinco años más. Pese a tratarse de un arrendamiento que se impone al ejecutante o a quien actúe por su cuenta (sin extenderse a *cualquier adquirente*), la renta no se fija por referencia a los ingresos de la unidad de convivencia, sino respecto de uno de tantos valores que toma en consideración el legislador en este ámbito. El resultado puede ser una renta potencialmente elevada. Sea como fuere, la aplicación práctica de esta disposición es insignificante, puesto que no hay incentivos para acogerse a ella. Cuando se introdujo en 2017 se podía pensar que respondía a la voluntad de que aquella fuese la última prórroga a la moratoria de lanzamientos y, por consiguiente, quizá resultase económicamente conveniente al deudor si la ejecución tenía lugar en un momento cercano a la expiración del plazo de moratoria entonces vigente, pero en otros casos no tenía sentido optar por un alquiler cuando se podía permanecer en la vivienda sin satisfacer contraprestación alguna por su uso³⁰. Y resultó que quedaba otra prórroga por venir.

A nivel estatal, pues, son pocas las medidas que restringen de manera imperativa las facultades del acreedor hipotecario de forma significativa, y se caracterizan por nacer con vocación de temporalidad y, por el momento, mantenerse así en su mayoría, sin perjuicio de lo que pueda suceder en los próximos meses con las adoptadas para paliar los efectos de la pandemia. Más allá de las concretas medidas que establecen, las disposiciones que se acaban de comentar adquieren relevancia también cuando el TC valora regulaciones autonómicas de mayor alcance, en el marco del art. 149.1.13 CE³¹.

2.2. Medidas estatales dirigidas a proteger a deudores hipotecarios cuando está en juego la vivienda habitual

El descontento social con los efectos de las ejecuciones hipotecarias ha conducido, en los últimos años, a la introducción de diversas disposiciones que proporcionan un mejor trato al deudor con garantía hipotecaria sobre la

²⁹ RDL 5/2017, de 17 de marzo (BOE, 66, de 18-3-2017).

³⁰ Agüero Ortiz (2017: 150-151).

³¹ *Infra* II.2.3 y III.

vivienda habitual. Estas normas han ido apareciendo de manera desordenada y consideran ámbitos de aplicación dispares. Quizá con el tiempo vayan perfilando un régimen jurídico específico del crédito asegurado con una vivienda, pero por ahora son sencillamente un cúmulo de reglas dispersas por el ordenamiento sin una sistemática clara.

No es este el momento de repasar todas y cada una de estas especialidades, cosa que ya han hecho otros, concluyendo que el «caos normativo en la materia es considerable»³². Baste señalar aquí algunas de estas normas de factura relativamente reciente que destacan por su designio de proteger el derecho de propiedad en tanto que artífice del ejercicio del derecho a una vivienda digna, en detrimento de la posición del acreedor hipotecario, y cuyo ajuste con el resto del sistema es complejo.

Uno de los problemas que más parecía preocupar a los grupos de presión por la reforma del sistema de ejecuciones, incluso más que la pérdida de la vivienda habitual (de ahí que se abogase por la dación en pago obligatoria), era que tras ella quedase pendiente deuda residual. De ahí que en 2011 una disposición de fin de legislatura³³ elevase el porcentaje por el que el acreedor hipotecario podía adjudicarse el bien en caso de subasta desierta e incrementase también el mínimo inembargable cuando el deudor hubiese perdido la vivienda habitual en una ejecución hipotecaria.

En cuanto a lo primero, se estimaba que el valor de adjudicación al acreedor previsto por el art. 671 LEC, sin distinguir según el destino del bien, conducía a resultados injustos. Recordemos que este precepto establecía que el ejecutante podía adjudicarse el bien por el 50% del valor de tasación a efectos de subasta (y el art. 682 LEC no había sido todavía objeto de modificación, de modo que ese valor podía equivaler al de la deuda). En 2011 ese porcentaje se elevó al 60%, lo que lógicamente conllevaría una disminución de la cuantía de la deuda residual. Parece que de manera inadvertida, no se distinguió entre vivienda habitual y otros bienes a estos efectos, lo que vino a solucionar la Ley 1/2013, pero introduciendo un matiz que hace todavía más cuestionable el sistema de valoraciones a efectos de la ejecución hipotecaria. En efecto, el art. 671 LEC actualmente establece que la adjudicación tiene lugar por el 50% del valor de tasación si no se trata de vivienda habitual del deudor; si, en cambio, lo es, el porcentaje se eleva al 70%, *salvo que la deuda pendiente sea inferior a esa cantidad, en cuyo caso se reduce al 60%*. Esta última previsión parece diseñada para provocar el efecto que, precisamente, se trataba de evitar: el mismo bien será valorado de modo distinto según sea vivienda

³² Por todos, Domínguez Luelmo (2018: 241-334).

³³ RDL 8/2011, de 1 de julio (BOE, 161, de 7-7-2011).

habitual o no, pero en el primer caso, si resulta que no quedaría deuda residual porque el acreedor se adjudicaría el bien por un valor que cubriría lo pendiente (y podría incluso tener que restituir al propietario lo cobrado de más), sencillamente se cambia el porcentaje de adjudicación, de manera que si la deuda no satisfecha asciende a más de ese 60%, seguirá quedando deuda residual. La regla puede calificarse de perversa. Y no hace más que complicar un sistema de valoraciones ya de por sí cuestionable³⁴. Pero el caso es que estas disposiciones, aunque ciertamente denotan especialidades del crédito hipotecario cuando recae sobre la vivienda habitual, no protegen la permanencia en la misma. Comparten, pues, las limitaciones de la dación en pago.

En la misma línea puede valorarse la elevación del mínimo inembargable. No hay duda de que quien ha perdido la vivienda habitual en una ejecución requiere amparo (un amparo que quizá podría darle un mecanismo de segunda oportunidad menos complejo que el actual beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho), pero, por un lado, no se entiende por qué se le protege más si ha perdido la vivienda a raíz de una ejecución hipotecaria que si esto ha ocurrido como resultado de la reclamación de una deuda cualquiera, y tampoco se ve cuál es el motivo por el que se eleva en estos casos, y no en todos, el mínimo inembargable. Si se trata de salvaguardar las necesidades de subsistencia, estas afectan por igual a quien tal vez hubiese arrendado siempre el lugar donde vive.

Todavía en el marco de las consecuencias posteriores a la ejecución hipotecaria, la reforma del art. 579.2 LEC por obra de la Ley 1/2013 resulta poco menos que ilusoria al prever escenarios en que, en plazos breves, el deudor que ha perdido su vivienda habitual haya venido a tan buena fortuna que haya podido satisfacer un porcentaje importante de la deuda pendiente, pero sí merece un juicio positivo en tanto que permite que el deudor participe de la plusvalía generada por el inmueble en los diez años posteriores a la ejecución. Ello no le devolverá la vivienda, pero puede contribuir a reestablecer un cierto equilibrio económico, sin perjudicar con ello al acreedor.

Quizá la única regla de las muchas que se han ido dictando hasta la fecha que contribuye activamente a la permanencia en la vivienda es la «enervación» prevista en el art. 693 LEC, pero su utilidad práctica es más que cuestionable, salvo en casos excepcionales.

El legislador estatal, por tanto, poco ha avanzado en la delimitación de la vivienda como derecho especialmente blindado o al menos protegido frente a los derechos de los acreedores. Más han incidido en esta línea algunos legisla-

³⁴ Anderson (2018a: 222-228).

dores autonómicos, y muy en particular los que han llegado hasta el extremo de imponer al acreedor un alquiler social obligatorio.

2.3. *Algunas medidas autonómicas. En particular, el alquiler social obligatorio*

Las comunidades autónomas se han mostrado más creativas que el legislador estatal a la hora de procurar soluciones a la situación de los deudores hipotecarios, generalmente combinando las competencias en materia de consumo y en el ámbito de la vivienda³⁵. Así, se han producido intentos de regular procedimientos destinados a canalizar las situaciones de sobreendeudamiento, así como diversas iniciativas encaminadas a establecer mecanismos de conciliación, de mediación o de intermediación previas al inicio de una ejecución, que el TC ha rechazado sobre la base, en todos los casos, de argumentos competenciales y, en particular, por vulneración del art. 149.1.6 CE³⁶, salvo que la sumisión a tales procedimientos sea voluntaria para las partes³⁷. En ocasiones la declaración de inconstitucionalidad se ha fundamentado en la infracción del art. 149.1.8 CE, por entender el TC que las comunidades autónomas tienen vetada la introducción de contenido contractual nuevo, en forma de obligaciones de las partes³⁸. Faltará ver cuál es el recorrido de esta argumentación tras la sentencia relativa a la Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, por la que se aprobó el libro del Código Civil de ese territorio dedicado a los contratos y que, en cambio, superó el juicio de constitucionalidad³⁹.

Distinto camino han seguido las iniciativas autonómicas que imponen un alquiler que se puede calificar de social y obligatorio⁴⁰. Dos de ellas, la valenciana y la catalana, afectan a sujetos similares, pero la primera obliga al acreedor en tanto que nuevo propietario⁴¹, mientras que la segunda tiene un impacto directo en la posición del acreedor hipotecario como tal.

³⁵ Sobre la distribución constitucional de competencias en este ámbito, STC 102/2018 (FJ 4).

³⁶ STC 54/2018 (FJ 6).

³⁷ STC 102/2018 (FJ 4).

³⁸ Así, por ejemplo, STC 13/2018 (FJ 3), siguiendo la doctrina sistematizada en la STC 54/2018 (FJ 6, 8 y 9).

³⁹ STC 132/2019. Sobre ella, Asua González (2020: 235-272).

⁴⁰ Ley 11/2020, de 18 de septiembre, art. 1.2 (e) (BOE, 258, de 19-9-2019).

⁴¹ Por lo que se le presta más atención *infra* III.2.3.

En 2015⁴² se introdujo en Cataluña, entre otras, la obligación de los acreedores hipotecarios que fuesen grandes tenedores de viviendas (lo son, con independencia del número de inmuebles en su haber, las entidades financieras)⁴³ o que hubiesen adquirido viviendas, en primera o ulteriores transmisiones, a partir del 30 de abril de 2008 como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, de acuerdos de compensación de deudas, daciones en pago o por (una muy genérica) imposibilidad del propietario de hacer frente a la deuda, la obligación de ofrecer un alquiler a los afectados, si cumplen los requisitos de riesgo de exclusión que marca la propia norma y no tienen alternativa de vivienda propia. Aunque hay múltiples discusiones al respecto, la regulación exige, literalmente, que el arrendamiento se ofrezca «antes de interponer» demanda de ejecución hipotecaria (o bien como requisito para que siga adelante su tramitación si el proceso ya estaba en curso). En una reforma de 2019, ahora declarada inconstitucional por razones formales al haberse aprobado por medio de decreto ley⁴⁴, la obligación se extendió a toda ejecución derivada de una deuda hipotecaria (luego también la ordinaria). Y la voluntad política parece ser la de aprobar de nuevo estas disposiciones con rango de ley. A diferencia del sistema de determinación de la renta previsto por la legislación valenciana, en el derecho catalán el alquiler se fija como un porcentaje de los ingresos de la unidad de convivencia. Al estar en riesgo de exclusión, estos serán modestos. No se fija ningún mínimo, por lo que cabe concluir que la renta puede ser inexistente si también lo son los ingresos. En contraste también con la regulación valenciana, no se prevé aportación alguna por parte de la Administración. Por otro lado, el plazo del arrendamiento será el marcado por la LAU y, como mínimo, siete años al ser el arrendador persona jurídica. Mientras estuvieron en vigor las reformas introducidas en 2019, se preveía también la obligación de renovación por un plazo igual si al finalizar el primero se mantenían las mismas circunstancias.

Los efectos de esta normativa se extienden también al derecho de propiedad⁴⁵, pero conviene aquí cuestionar si el menoscabo de la posición del acreedor con garantía real llega hasta el punto de desnaturalizarla, puesto que si no ofrece el alquiler no podrá iniciar (ni continuar) la ejecución, de manera que, si se confirma la extensión a ejecuciones no hipotecarias, el acreedor que tenga asegurada su posición con una hipoteca vea, en realidad, reducidas

⁴² Ley 24/2015, de 29 de julio (BOE, 216, de 9-9-2015). Extensamente, sobre esta norma, Anderson (2021).

⁴³ Véase el art. 5.9 de la Ley 24/2015.

⁴⁴ STC 16/2021.

⁴⁵ *Infra* III.2.3.

sus posibilidades de recuperar el capital prestado en comparación con un acreedor sin garantía o que cuente con garantías de distinta naturaleza. Si se parte de que las garantías reales se caracterizan, en esencia, por la facultad de realización del bien en caso de incumplimiento⁴⁶ con independencia de quién sea su titular en ese momento y la preferencia para el cobro, resultará que la obligación de ofrecer el alquiler social tiene la virtualidad de eliminar ambas notas definitivas. El hecho de que el acreedor no cuente con un procedimiento especialmente privilegiado, como el regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC, no necesariamente desvirtúa su titularidad, pero privarle del derecho de realización de valor por el mero hecho, entre otros, de su objeto social supone que el derecho de garantía queda, como mínimo, en suspenso por el plazo de duración del alquiler social, amén de que por obra del legislador puedan devenir «tóxicos» los paquetes titulizados. Incluso si no se considera que el ofrecimiento de alquiler es un requisito procedimental, las últimas reformas anudaron al incumplimiento de esta obligación consecuencias sancionadoras que el TC, al valorar la adecuación del decreto ley para introducirlas, describió de exorbitantes y que, por tanto, tienen suficiente enjundia como para disuadir al acreedor del acceso a los tribunales para la realización de su derecho. Además, la aplicación de la norma es «retroactiva», en el sentido (nada riguroso) de que afecta a créditos con garantía hipotecaria constituidos con anterioridad a su entrada en vigor.

El acreedor hipotecario, por tanto, puede encontrarse en peor posición que el acreedor sin garantía, que podría agredir la vivienda habitual que pertenezca a su deudor sin ningún tipo de impedimento, puesto que el ordenamiento no contempla limitaciones a la embargabilidad de la vivienda habitual y no se prevén mecanismos de relativo blindaje de este bien de primera necesidad, como los que, con mayor o menor éxito, plantean otros sistemas⁴⁷. Ello conduce a preguntarse si estas disposiciones realmente protegen el derecho a la vivienda o bien, si, en realidad, castigan al acreedor inmobiliario, y abre la puerta a investigar si, aunque parezca una contradicción en sus propios términos, también los derechos reales de garantía están llamados a desempeñar una función social⁴⁸. Si se responde en sentido afirmativo, el salto a las relaciones obligatorias sin garantía real es mínimo.

⁴⁶ Por todas, RDGRN de 5 de junio de 2020 (FJ 4).

⁴⁷ Así, por ejemplo, la afectación que prevén los arts. 244 y ss. del Código civil y comercial de la Nación de Argentina (Ley 26.994), pese a las limitaciones que presenta, o los distintos modelos que permiten la creación de patrimonios separados.

⁴⁸ Como lo están otros derechos distintos al de propiedad: Lauroba Lacasa (2008: 1042).

3. PERSPECTIVA EUROPEA

3.1. *La ponderación con otros derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva*

La jurisprudencia europea, contrariamente a lo que sugieren los medios de comunicación y propone parte de la doctrina⁴⁹, no ha llegado, ni de lejos, por el momento, a una evolución de semejante alcance.

Los pronunciamientos más relevantes en relación con el derecho a la vivienda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) seguramente han sido los relativos a la seguridad en la tenencia y, en concreto, a la evitación de desahucios (empleando aquí la expresión en sentido amplio, para incluir cualquier supuesto que pueda conducir a la pérdida de la posesión del inmueble). Pero también en este punto, a pesar de partir de que la noción de vivienda del art. 8 del Convenio no depende de la legitimidad del título⁵⁰, la realidad es que la mayoría de las decisiones del Tribunal han acabado reconociendo el derecho a recuperar la posesión del inmueble cuando la posición del demandante está amparada por un derecho reconocido por el ordenamiento interno y sin perjuicio de eventuales dilaciones, frecuentemente basadas en factores ajenos a la vivienda.

Si quien persigue obtener la posesión del bien es, directa o indirectamente, un poder público, el TEDH exige que una autoridad judicial independiente pueda valorar la proporcionalidad de la medida⁵¹.

En cambio, si la relación afecta a particulares, el TEDH no impone tal juicio de proporcionalidad y resuelve sobre la base de la ponderación con otros derechos fundamentales; señaladamente, los recogidos en los arts. 1 y 6 del Convenio, relativos al derecho de propiedad y a la tutela judicial efectiva, respectivamente. Dos casos entablados contra Italia son especialmente signi-

⁴⁹ Cfr., entre otros, Iglesias Sánchez (2014: 955-974), Micklitz y Reich (2014: 800-802), Perriello (2018: 96-103), Gerstenberg (2015: 599-621), Mak (2018: 213-230).

⁵⁰ Casos *Yordanova y otros contra Bulgaria*, de 24-4-2012 (JUR 2012\142849), ap. 103; *Chapman contra el Reino Unido*, de 18-1-2001 (TEDH 2001\46), ap. 73. El concepto de vivienda se define por la existencia de vínculos suficientes y continuados de una persona con un lugar; entre otros, casos *Gillow contra el Reino Unido*, de 24-11-1986 (TEDH 1986\15), ap. 46-47 (en relación con una propiedad que no se había utilizado durante muchos años); *Blečić contra Croacia*, de 29-4-2004 (JUR 2004\242851), ap. 51-52; *Skrtić contra Croacia*, de 5-12-2013 (TEDH 2013\89), ap. 21.

⁵¹ Para una relación de casos que se han ocupado de esta cuestión, Domurath y Mak (2020: 14-16).

ficativos⁵², puesto que reflejan la que, por ahora, es la visión del TEDH. Debido a la escasez de vivienda, Italia había aprobado disposiciones alargando el plazo de los arrendamientos y suspendiendo o aplazando los desahucios. El TEDH concluyó que la intervención excepcional del estado en las ejecuciones no podía conducir a imposibilitarlas o a demorarlas indebidamente. Pese a tratarse de casos relativamente antiguos y referirse a relaciones arrendaticias, parece que la aplicación de esta doctrina debería conducir al fracaso a las regulaciones que impidan la efectividad de derechos reconocidos por el ordenamiento, habida cuenta del carácter nuclear al estado de derecho de la tutela judicial efectiva.

3.2. La vivienda como bien de consumo y de inversión

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) no es, ni le corresponder ser, el garante del derecho a la vivienda. Su función radica en preservar la correcta aplicación del derecho de la Unión Europea y su efectividad. Por ello no es extraño que solo una vez se haya referido al art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y, como es natural, la mención no pasó de eso, puesto que la decisión se fundamentó, como tantas otras, en la aplicación del derecho de consumo⁵³.

Sin embargo, no cabe duda de que las múltiples cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales españoles⁵⁴, relativas en su mayoría a la Directiva 93/13, han contribuido a tres realidades. En primer lugar, la contratación hipotecaria se ha visto depurada de una importante cantidad de cláusulas abusivas, frecuentemente contra el criterio del Tribunal Supremo y del propio legislador. En segundo lugar, se ha reconocido la necesidad de adaptar la legislación de consumo y procesal de manera que se garantice la efectividad del derecho europeo⁵⁵. Por último, se ha alargado el tiempo en que un acreedor hipotecario puede esperar recuperar capital e intereses por

⁵² Casos *Scollo contra Italia*, de 28-11-1995 (TEDH 1995\34) e *Immobiliare Saffi contra Italia*, de 28-7-1999 (TEDH 1999\31).

⁵³ C-34/13, *Monika Kušionová contra Smart Capital*, de 10-9-2014 (ECLI:EU:C:2014:2189), ap. 63-64.

⁵⁴ Hasta 88 entre 2010 y 2019, según ASUFIN [De Barrón (2021)].

⁵⁵ En particular, por lo que respecta al tema aquí tratado, esto sucedió por medio de la ya citada Ley 1/2013, con la reforma de la LEC a raíz del caso C-415/11, *Mohammed Aziz contra Catalunya Caixa*, de 14-3-2013 (ECLI:EU:C:2013:164) y las posteriores modificaciones exigidas por el TJUE para garantizar el principio de igualdad de armas (C169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA*, de 17-7-2014; ECLI:EU:C:2014:2099).

medio de la realización de valor del bien, sea por la introducción de trámites procesales donde antes no los había, sea por el mismo juego de la prejudicialidad ante el TJUE, que en diversas ocasiones ha llevado a la paralización de las ejecuciones en curso (así, en materia de cláusulas suelo, vencimiento anticipado o IRPH). Pero estas mismas dilaciones, que quizá han constituido salvaguardas fácticas del derecho a la vivienda, son a su vez las que explican la reacción legislativa (desproporcionada) con normas imperativas en cuanto a intereses moratorios y vencimiento anticipado, así como el mecanismo enfocado a «blindar» los créditos inmobiliarios contra alegaciones de falta de transparencia que incorpora la ya citada Ley 5/2019.

Aunque estos efectos, de resultado no siempre positivo para al deudor que ha hipotecado su vivienda habitual, sean innegables, también lo es que la preocupación del TJUE no es la vivienda, sino la protección del consumidor, lo que comporta centrar la atención en el momento de la contratación y no en el de una eventual pérdida de la posesión del inmueble. Se trata del mismo criterio que inspira la Directiva 2014/17/UE⁵⁶, que añade a la información precontractual reforzada el control de solvencia, pero dedica solo un artículo (el art. 28), de literalidad programática, a las ejecuciones hipotecarias, sin que, por ahora, se detecte la intención de profundizar en la protección en este punto.

En esta línea, se ha afirmado que pese al amparo que han podido encontrar los deudores hipotecarios en la jurisprudencia del TJUE, la normativa europea de protección de los consumidores puede resultar incluso contraproducente en el marco de la tutela de la vivienda. Y esto porque consolida la percepción del inmueble como bien de consumo, arrancando de la base de los fundamentos económicos de acceso al mercado libre⁵⁷. Estos planteamientos vienen confirmados, de hecho, por la Directiva 2014/17/UE, en tanto que protege por igual a todo consumidor de inmuebles de uso residencial, con independencia de que se destinen a primera o segunda residencia. Es más, contempla expresamente los inmuebles de este tipo no solo como bienes de consumo, sino también como bienes de inversión (siempre, claro está, que el inversor sea un consumidor)⁵⁸.

⁵⁶ Directiva 2014/17/UE, de 4-2-2014 (DOUE L 60/34, 28.2.2014). Texto consolidado disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/17/2018-01-01> (visitado el 3-3-2021).

⁵⁷ Domurath y Mak (2020: 21 y ss.).

⁵⁸ Art. 3.3 (b) Directiva 2014/17/UE. Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva y el hecho de que no se trata de una norma de protección de la vivienda habitual: Anderson (2018b: 393-400), Domínguez Luelmo (2018: 241-242).

Por consiguiente, cabe concluir que, sin perjuicio de que posiblemente la jurisprudencia europea evolucione, por ahora tampoco el marco supranacional ofrece grandes soluciones. Como se describe a continuación, en realidad es a nivel autonómico donde más activos han sido los legisladores a la hora de proteger el derecho a la vivienda, por medio, en muchos casos, de la introducción de importantes restricciones del derecho de propiedad.

III. EL DERECHO A LA VIVIENDA COMO LÍMITE DEL DERECHO DE PROPIEDAD

1. LAS RESTRICCIONES GENERALMENTE ADMITIDAS

Desde hace ya décadas el derecho urbanístico se ha caracterizado por contribuir de manera acusada a la delimitación del contenido ordinario de la propiedad. Del mismo modo, en la actualidad, y especialmente a raíz de la crisis desencadenada en 2008, son cada vez más frecuentes las disposiciones dictadas en materia de vivienda que, desde diversas perspectivas, van conformando nuevos límites del derecho de propiedad.

No se trata ya de normas que, como la legislación de arrendamientos urbanos, se perciban como disposiciones de derecho civil, pese a que, desde mediados del siglo pasado y con el paréntesis entre 1985 y 1994, se haya caracterizado por la imperatividad, más o menos acentuada, en las relaciones entre particulares. En estos momentos, las disposiciones de vivienda limitativas del derecho de propiedad, también indisponibles, proceden de ordenaciones de claro sesgo administrativo, con frecuencia responden a una sistemática distinta y presentan incluso errores de calado, pero es innegable que forman parte del contenido ordinario del derecho de propiedad, afectando tanto al funcionamiento del mercado como a la posición jurídica del titular —o al menos, de ciertos titulares—.

Este apartado aborda algunas de las restricciones relativamente novedosas que, por lo general, no generan controversia desde el punto de vista de su eventual colisión con otros derechos humanos, para luego prestar mayor atención, en el siguiente, a las que sí son polémicas desde esta perspectiva.

1.1. Los derechos de adquisición preferente a favor de la Administración

La ampliación del parque público de vivienda puede tener lugar bien por medio de nuevas promociones, bien adquiriendo inmuebles y, en este último caso, es posible aprovechar la transmisión de los mismos para asegurar un justo equilibrio entre el derecho a disponer del bien para obtener su valor

en venta, como nota integrante del derecho de propiedad, y esa necesidad de aumentar la vivienda pública⁵⁹.

Es una técnica de uso generalizado en el ámbito de las viviendas de protección oficial, aunque sus resultados son más bien modestos, tanto por la falta de previsión presupuestaria para estos fines como por la tradicional temporalidad de la calificación, que conducía, hasta el plan de vivienda 2013-2016 y el cambio de prioridad a favor del arrendamiento, a la pérdida definitiva de la inversión, que se diluía en el mercado libre⁶⁰.

Durante los últimos años se han añadido nuevos supuestos que atribuyen a la Administración derechos de tanteo y de retracto respecto de la transmisión de inmuebles que en su día se adquirieron en el marco de procedimientos hipotecarios o de acuerdos de dación en pago derivados de la imposibilidad de hacer frente a préstamos con garantía hipotecaria, o bien cuando se trate de la transmisión de un número importante de viviendas.

Pese a limitar el derecho de propiedad en la medida en que se impide elegir al comprador, el hecho de que se garantice el precio que ofrecería el mercado parece suficiente para que este límite se considere aceptable⁶¹.

1.2. El control de rentas

Más polémica suscita el control de rentas, desde perspectivas opuestas. Sin embargo, cuando se ha planteado ante el TEDH la posible injerencia de normativas que fijan límites a la cuantía que las partes pueden pactar como contraprestación por el uso en un contrato de arrendamiento, la decisión ha sido positiva, salvo en casos extremos en que la renta establecida resultaba prácticamente insignificante cuando se la comparaba con la renta de mercado⁶².

⁵⁹ Tal y como se destacó hace ya años (Tornos Mas, 2015: 51), el acento se puso, tras la crisis, en paliar el problema de la pérdida de la vivienda, olvidando el del acceso a la misma.

⁶⁰ Sobre las deficiencias de la gestión pública de vivienda, la existencia de viviendas de protección oficial vacías y las ventas de vivienda pública a fondos de inversión, Lambea Llop (2016: 119-120). En relación con esta última cuestión, puede verse el supuesto que condujo a la STJ de Madrid de 14-5-2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:3835) y contrastarse con noticias relativas a adquisiciones (Canela, 2021).

⁶¹ Tal y como sucedió cuando se planteó esta cuestión al TEDH: caso *James y otros contra el Reino Unido*, de 21-2-1986 (TEDH 1986\2).

⁶² Caso *Lindheim y otros contra Noruega*, de 12-6-2012 (JUR 2012\196330), en relación con la imposibilidad de elevar la renta de contratos antiguos. En cambio, superaban el control de proporcionalidad las disposiciones cuestionadas en *Mellacher contra Austria*, de 19-12-1989 (TEDH 1989\23) o en *Nobel contra Países Bajos*, de 12-7-2013

En España el debate está actualmente sobre la mesa. En Cataluña se estableció por primera vez el control de rentas en 2019 por medio de un decreto ley que no alcanzó las mayorías necesarias para su convalidación⁶³. Ya entonces el Consejo de Garantías Estatutarias consideró que la disposición excedía del marco competencial correspondiente a la comunidad autónoma⁶⁴. La Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de contenido muy similar al DL 5/2019, ha sido ya recurrida de inconstitucionalidad por un grupo de diputados del Congreso⁶⁵ y la Comisión bilateral Estado-Generalitat está abordando la cuestión⁶⁶, por lo que su vigencia podría quedar en suspenso.

Todo hace temer, no obstante, que la discusión se reduzca a cuestiones competenciales, lo que detrae la atención de aquello que realmente tiene trascendencia. Esto es: a) en el terreno jurídico, si tales limitaciones comportan cercenar de modo inadmisibile el contenido esencial del derecho de propiedad y el libre mercado, y b) si el mecanismo empleado en Cataluña, con un índice confeccionado a partir de datos extraídos de las fianzas depositadas⁶⁷, o el que baraja el Gobierno⁶⁸, sobre la base de declaraciones fiscales⁶⁹, tendrían efectivamente la virtud de reducir el precio del alquiler o bien si, contrariamente, consolidarían las rentas elevadas que han experimentado distintos territorios durante los últimos años (como parecen sugerir los resultados en Berlín y, en cierto modo, en París)⁷⁰, amén de que el actual contexto de pandemia, con los efectos económicos que pueda dejar tras de sí, obliga a repensar tanto los factores que determinan los índices como la frecuencia temporal con la que deban revisarse⁷¹.

En definitiva, las controversias que suscita esta medida raramente se formulan en términos de restricciones de la propiedad, sino por sus consecuencias en el mercado y porque se cuestiona su utilidad, y no tanto su legitimidad jurídica.

(ECLI:CE:ECHR:2013:0702DEC002712611). Cfr. con el caso *Langborger contra Suecia*, de 22-6-1989 (TEDH 1989\11).

⁶³ DL 5/2019, de 5 de marzo (*DOGC*, 7825, de 7-3-2019).

⁶⁴ Dictamen 4/2019, de 17-6-2019: Disponible en: <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20191128134957-1.pdf> (visitado el 4-3-2021).

⁶⁵ *BOE*, 29, de 3-2-2021.

⁶⁶ *BOE*, 23, de 27-1-2021.

⁶⁷ Disponible en: <http://agenciahabitatge.gencat.cat/indexdelloguer/> (visitado el 28-2-2021).

⁶⁸ «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España», de 30-12-2019. Disponible en: bit.ly/PSOEPodemos (visitado el 5-3-2021).

⁶⁹ Disponible en: <https://www.mitma.gob.es/vivienda/alquiler/indice-alquiler> (visitado el 2-3-2021).

⁷⁰ Brualla (2020).

⁷¹ Aranda (2021).

2. LAS RESTRICCIONES MÁS CUESTIONADAS

Otras disposiciones autonómicas resultan más agresivas desde el punto de vista de las restricciones que imponen a los propietarios (y, potencialmente, a otros titulares de derechos reales). Entre ellas destacan las expropiaciones de uso, el establecimiento de la obligación de destinar el inmueble a un uso habitacional y los alquileres sociales obligatorios.

2.1. Las expropiaciones de uso

Diversas disposiciones optaron, en distintos momentos, por introducir la posibilidad de expropiar, no la propiedad, sino un derecho de uso temporal de viviendas directa o indirectamente procedentes de desahucios o de ejecuciones, en ocasiones en conexión con su calificación como viviendas vacías y en función de las necesidades de la zona geográfica en que se encontrasen. El TC se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre esta medida, declarando en todos los casos la inconstitucionalidad por vulneración del art. 149.1.13 CE⁷²; esto es, por diferir sustancialmente y resultar incompatible con las medidas de política económica adoptadas por el Estado en ejercicio de su competencia, para atender a las mismas necesidades. EL TC establece como punto de comparación la moratoria de lanzamientos prevista en el art. 1 de la Ley 1/2013 y sus otras ramificaciones en forma de arrendamientos que pueden imponerse al adquirente⁷³. Por tanto, una vez más, no se produce un pronunciamiento sobre el fondo —es decir, sobre si este tipo de expropiaciones excede de los límites que el legislador puede imponer al titular—, sino que se resuelve sobre la base de la invasión de competencias estatales. Resulta paradójico que, empleado el mismo rasero para valorar la adecuación constitucional de algunos alquileres obligatorios, se llegue a la conclusión opuesta, lo que parece dar a entender que la expropiación de uso, en realidad, se concibe como una restricción excesiva, quizá por escapar al normal diseño de la facultad expropiatoria y responder a finalidades distintas.

No obstante, lo que sí parece haber cambiado, aunque con una cronología incierta, es el criterio del Gobierno, que desistió de la impugnación del art. 12 del DL aragonés 3/2015⁷⁴ y, en cuanto al art. 42 de la Ley balear 5/2018⁷⁵, acordó una determinada redacción⁷⁶.

⁷² Así, STC 93/2015, FJ 18; STC 16/2008, FFJJ 12 y 13; STC 32/2018, FJ 5; STC 43/2018, FJ 4; STC 80/2018, FJ 3; STC 97/2018, FJ 5; STC 106/2018, FJ 2 (c); STC 8/2019, FJ 2.

⁷³ *Supra* II.2.1.

⁷⁴ DL 3/2015, de 15 de diciembre (*BOE*, 243, de 15-12-2015); STC 5/2019.

⁷⁵ *BOE*, 169, de 13-7-2018.

⁷⁶ *BOE*, 85, de 9-4-2019.

2.2. *El concepto de vivienda vacía y la obligación de destinar el inmueble a uso habitacional*

Igualmente, distintas regulaciones de las comunidades autónomas han anudado al concepto de vivienda vacía que instauran una serie de consecuencias. Ambas cuestiones han llegado al TC. En ocasiones, este tipo de disposiciones han sido declaradas nulas por no darse el presupuesto habilitante del uso de la técnica legislativa empleada, al «afectar» al derecho de propiedad, en tanto que se delimita el haz de facultades que lo integra y se concreta su función social⁷⁷. Pero cuando la normativa autonómica tiene rango de ley, tanto la definición de vivienda vacía como las referencias a la necesidad de destinar los inmuebles a residencia de las personas, con consecuencias sancionadoras de mayor o menor entidad, han superado el filtro del TC, cuyo análisis se ha basado fundamentalmente en cuestiones competenciales⁷⁸, sin perjuicio de que en alguna ocasión haya aplicado, de manera casi rutinaria, el test de proporcionalidad⁷⁹. Cuando la regulación impone de manera directa el uso habitacional, aunque anude sanciones a su incumplimiento, el TC realiza una interpretación según la cual se estima que el contexto demuestra que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación «no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda», de modo que «no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad»⁸⁰, lo que es, sin duda, cuestionable⁸¹. Se reconoce que las sanciones pueden tener relevancia económica, pero el TC añade que su impacto depende también de otros factores, lo que permite que superen el juicio de constitucionalidad⁸².

Por otro lado, en este mismo contexto, en ocasiones se ha suscitado la posible tacha de arbitrariedad y discriminación (arts. 9.3 y 14 CE) de las normas que establecen obligaciones (¿o deberes?) cuyo incumplimiento es sancionado solo, o con mayor rigor, cuando quien infringe es una persona jurídica. También en este punto el TC considera que puede haber motivos suficientes que justifiquen un trato diferenciado⁸³.

⁷⁷ STC 93/2015, FJ 13. En la STC 16/2021, FJ 5 (i).

⁷⁸ STC 16/2018, FFJJ 5 a 8; STC 32/2018, FFJJ 6 a 9; STC 43/2018, FJ 5; STC 80/2018, FJ 4.

⁷⁹ STC 16/2018, FJ 18; STC 32/2018, FJ 7.

⁸⁰ STC 16/2018, FJ 5; STC 32/2018, FJ 7.

⁸¹ Messía de la Cerda (2020: 3429-3430).

⁸² STC 16/2018, FJ 16; STC 80/2018, FJ 5.

⁸³ STC 16/2018, FJ 10; STC 32/2018, FJ 9.

Mención aparte merece en este contexto el devenir de la definición de vivienda vacía en Cataluña. En virtud del DL 1/2020⁸⁴ se considera como tal la que permanezca desocupada de manera permanente, sin causa justificada, por más de dos años. Se especifica expresamente que la ocupación sin título legítimo no impide que la vivienda se pueda considerar vacía. Un mes antes, el DL 17/2019⁸⁵ había introducido esta precisión, pero la matizaba en el sentido de que quedaban fuera de esta categoría los supuestos en que el propietario hubiese iniciado acciones judiciales tendentes a recuperar la posesión antes de que finalizase el plazo de dos años.

La STC 16/2021 no analizó la bondad de esta norma, puesto que el DL 1/2020 fue recurrido con base en la presunta extemporaneidad de su convalidación parlamentaria, motivo este que fue desestimado. Sin embargo, las consecuencias que anudaba el DL 17/2019 a la calificación de una vivienda como vacía sí fueron declaradas inconstitucionales, aunque por causa del instrumento legislativo empleado, de manera que, despojada de trascendencia práctica, se estimó que la definición de vivienda vacía podía permanecer (en la redacción dada por el DL 17/2019, única que el TC aborda, por la razón apuntada). Por consiguiente, en el derecho catalán actualmente vigente, no deja de considerarse vacía una vivienda aunque esté ocupada sin título y el propietario haya entablado las acciones legales a su alcance para recuperar la posesión⁸⁶. Esta fue la razón de ser de la reforma de 2020. El Consejo de Garantías Estatutarias catalán consideró que esta previsión —a la que se anudaban consecuencias relevantes en el ámbito sancionador, pero también, como en seguida se dirá, en cuanto detonante de la obligación de ofrecer un alquiler social al ocupante— era arbitraria e irracional y, por tanto, inconstitucional⁸⁷. Además, afecta sin lugar a dudas al derecho a la tutela judicial efectiva, aspecto este que el TC no ha abordado directamente hasta la fecha.

2.3. El alquiler social obligatorio

Inciden especialmente en los derechos a la tutela efectiva y a la propiedad los supuestos en los que se impone al titular de un inmueble la obligación de arrendarlo a personas o unidades de convivencia en riesgo de exclusión social.

⁸⁴ BOE, 71, de 17-3-2020.

⁸⁵ BOE, 45, de 21-2-2020.

⁸⁶ Cfr., por ejemplo, con el art. 36 de la citada Ley balear 5/2018.

⁸⁷ Dictamen 2/2020, de 17-2-2020. Disponible en: <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20201214132421-1.pdf>. (visitado el 27-2-2021). Un buen resumen en Esteve y Elizalde (2020: 61-64).

Así sucede en el marco de la Ley valenciana 2/2017, pero la afectación más intensa a los referidos derechos fundamentales tiene lugar en el derecho de vivienda catalán⁸⁸.

El art. 12 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, establece que la iniciación del procedimiento judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria respecto de la vivienda habitual y única del propietario que se encuentre en las circunstancias de emergencia social que detalla «implicará la creación de una nueva obligación entre la entidad financiera, la filial inmobiliaria o entidad de gestión de activos que resulte adjudicataria del remate y el propietario comprador y deudor, y quedará constituido el derecho de este último a poder contratar un arrendamiento con opción de compra que evite el lanzamiento de esta vivienda», cuya duración se prevé de tres años, aunque con excepciones que conducen al contrato indefinido.

Al valorar la alegación de invasión de competencias estatales, el TC tuvo en cuenta, por un lado, que la propia norma autonómica establece un marco de actuación temporal distinto y respetuoso con lo previsto en la Ley 1/2013 y en la reforma del CBP de 2017, de manera que se evita el solapamiento entre ambas medidas. Por otro lado, se fijó en las diferencias entre uno y otro régimen por lo que hace a la previsión de una opción de compra, a la fijación de la renta y a los requisitos de vulnerabilidad, y acabó concluyendo que las sanciones pecuniarias que, una vez declarada inconstitucional la expropiación del uso temporal, lleva aparejado el incumplimiento de tal obligación (multas hasta 30.000 euros), no comportan vulneración de la competencia que el art. 149.1.13 CE reserva al Estado a la hora de diseñar la política económica. Por lo demás, tampoco se estimó vulnerado el art. 149.1.6 CE, puesto que la obligación opera al margen del proceso y no se establece mandato alguno dirigido a la autoridad judicial⁸⁹.

⁸⁸ También el art. 59 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, prevé la posible imposición del alquiler forzoso de las viviendas declaradas deshabitadas, a tramitar de conformidad con lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa. Pese al potencial alcance de esta disposición, de redactado muy genérico, hasta el punto de prever que las condiciones del arrendamiento se fijarán en la resolución que ponga fin al procedimiento, la STC 97/2018 no desciende a analizarla, puesto que simplemente remite para confirmar su constitucionalidad a lo resuelto en las SSTC 16/2018 y 32/2018, aunque ni la legislación navarra ni la andaluza, a las que se referían, respectivamente, estas sentencias, contemplaban directamente la imposición de un arrendamiento forzoso.

⁸⁹ STC 80/2018, FJ 5.

Aunque el TC no ahondó en la cuestión de la determinación de la renta, quizá este aspecto explique hasta cierto punto la permisividad de la decisión o, dicho de otro modo, la falta de coherencia con la reiterada declaración de inconstitucionalidad de la expropiación temporal del uso, que acertadamente pone de relieve el voto particular a la STC 80/2018⁹⁰. En efecto, la renta no se fija en función de los ingresos de la unidad de convivencia, sino que, a elección del adjudicatario, el precio base del contrato será el valor de adjudicación o el precio de mercado establecido por una tasadora homologada; la renta anual será el 2% o el 3% de esas cantidades, respectivamente. Esto significa que para una vivienda con un precio de mercado de 200.000 euros, la renta mensual que percibiría el arrendador serían 500 euros. Además, finalmente es la Generalitat Valenciana quien paga la renta al propietario, repercutiendo una parte a los arrendatarios. Si tenemos en cuenta el precio del arrendamiento de vivienda en el mercado libre en la Comunidad, un piso de 70 m² habría generado una renta de 455 euros en 2017 y, actualmente, ascendería a 539 euros. Quizá, en el fondo, el TC llevó a cabo un juicio de proporcionalidad (tácito) atendiendo al resultado económico de la medida.

En cambio, mientras que el derecho valenciano limita la obligación de ofrecer el alquiler social a casos en que se haya producido una ejecución hipotecaria y la vivienda se haya adjudicado a la entidad financiera, la filial inmobiliaria o entidad de gestión de activos, en derecho catalán la medida rige también, respecto de ciertos titulares, en materia de desahucio por impago de

⁹⁰ El citado voto particular resalta que, en realidad, el TC desplaza la discusión acerca de la imposición de una obligación a ciertos acreedores hipotecarios que luego se adjudican el bien al análisis de la sanción establecida para su incumplimiento, «[d]e manera que, de ahora en adelante, si se acepta este modo de razonar, cualquier obligación legal será constitucional si la sanción prevista para el caso de su incumplimiento no es contraria a la Constitución, lo que, obviamente, no tiene ningún sentido, pues el objeto del recurso no era la constitucionalidad de la infracción y de la sanción tipificadas». Igualmente, se constata que: «[...] si se examina el contenido de los artículos 12 y 13 de la ley, resulta que uno y otro instituto tienen el mismo ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, de manera que en uno y otro caso los mismos propietarios se ven privados del derecho de uso temporal de la misma vivienda por el mismo plazo en favor de las mismas personas. Expropiación y arrendamiento forzosos son, por tanto, simplemente dos técnicas alternativas para conseguir el mismo resultado, y por ello merecedoras de un mismo trato». Tanto más si se tiene en cuenta que la privación del uso, en el caso del art. 12 de la ley valenciana, puede convertirse en definitiva si el arrendatario ejerce la opción de compra. A lo que cabe añadir la potencial duración indefinida. Comparte esta interpretación del voto particular Messía de la Cerda (2020: 3437-3438, 3444-3445), rebatiendo otras lecturas.

la renta y, por medio de las últimas reformas, se ha intentado extender también, de manera transitoria y temporal, a desahucios por vencimiento del plazo y procesos relativos al desalojo de ocupantes sin título. Además, desde sus inicios afecta igualmente a todo adquirente cuando la enajenación derive de la imposibilidad de hacer frente a una deuda hipotecaria. Por otro lado, la renta, que el derecho valenciano fija en relación con el valor del bien, asumiendo la Generalitat parte de la misma y repercutiendo solo una porción al arrendatario, en el derecho catalán se establece como un porcentaje de los ingresos ponderados de la unidad familiar, por definición reducidos debido a los parámetros de vulnerabilidad que marca la propia norma, y no se prevé ningún tipo de compensación para el propietario.

Sin ánimo de entrar en el detalle de la regulación catalana y de su accidentada historia, sí resulta conveniente sintetizar ambas cuestiones, dadas las importantes repercusiones de esta normativa, si llega a consolidarse en el sistema.

La Ley 24/2015 reguló por primera vez este alquiler social obligatorio, estableciéndolo en diversos supuestos. Así: a) «antes de adquirir una vivienda resultante de la consecución de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o antes de la firma de la compraventa de una vivienda que tenga como causa de la venta la imposibilidad por parte del prestatario de devolver el préstamo hipotecario», siempre que se cumplan los requisitos de vulnerabilidad y no se disponga de «alternativa propia de vivienda»; se hace recaer en el adquirente la averiguación de estas circunstancias; b) antes de iniciar una ejecución hipotecaria; c) antes de iniciar un desahucio por impago de rentas, en estos dos últimos casos siempre que el demandante haya adquirido, desde abril de 2008, en primera o ulteriores transmisiones, viviendas procedentes de supuestos como los descritos en el apartado a) o que sea gran tenedor de vivienda. La redacción actualmente vigente considera grandes tenedores de viviendas a las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil, y a los fondos de capital riesgo y de titulación de activos, con independencia del número de inmuebles en su haber, y a las personas físicas o jurídicas titulares de más de quince inmuebles en territorio español.

La Ley 24/2015 fue recurrida por el Gobierno, con lo que quedó suspendida su vigencia⁹¹. Para suplir el hueco dejado a la espera de la resolución

⁹¹ BOE, 134, de 3-6-2016.

del TC, se aprobó la Ley 4/2016⁹², que preveía un régimen similar, pero caracterizado por la excepcionalidad y la transitoriedad. También esta disposición fue recurrida por el Gobierno. Tras el cambio en el Ejecutivo estatal, se desistió de los motivos de los recursos relativos a los preceptos que establecían la obligación de ofrecer el alquiler social, con lo que recuperaron su vigencia ambas normas⁹³, generándose una dualidad normativa que todavía a día de hoy es difícil interpretar.

El DL 17/2019 reformó esta disciplina en aspectos importantes⁹⁴. Extendió la obligación de ofrecer el alquiler social a cualquier ejecución derivada de una deuda hipotecaria (incluyendo, por tanto, la ejecución ordinaria), a desahucios por expiración del plazo del arrendamiento y también a casos en que la vivienda estuviese ocupada sin título. En estos dos últimos supuestos, la duración de la medida se limitaba temporalmente: solo regiría durante tres años para los desahucios arrendaticios por vencimiento del plazo y, en cuanto a la ocupación sin título, para evitar el efecto llamada, se exigía que aquella se hubiese producido con seis meses de antelación a la entrada en vigor del DL 17/2019. Se preveía que el arrendamiento pudiese llegar a durar catorce años⁹⁵.

El incumplimiento de esta obligación de ofrecer un alquiler social, para todos los supuestos, se equiparaba al incumplimiento de la función social de la propiedad y acarrea importantes consecuencias, en forma de requerimientos de cumplimiento acompañados de multas coercitivas, a razón de 1.000 euros/mes y con el límite del 50% del valor del inmueble, sanciones y posible expropiación.

El supuesto que parece haber generado más inquietudes es el relativo a las ocupaciones sin título, especialmente si se tiene en cuenta el concepto de vivienda vacía introducido por el DL 1/2020⁹⁶.

Los nuevos supuestos y las consecuencias del incumplimiento de la obligación desde el punto de vista administrativo, introducidos en 2019, han sido declarados inconstitucionales por STC 16/2021. La nulidad descansa en la falta de respeto por el presupuesto habilitante del uso del decreto ley, pero es preciso tener en cuenta que los argumentos empleados por el TC en este caso bien pudieran trasladarse a un análisis del contenido de estas disposiciones,

⁹² BOE, 15, de 18-1-2017. Texto consolidado disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2016/12/23/4/con> (visitado el 12-3-2021).

⁹³ SSTC 8/2019 (BOE, 39, de 14-2-2019) y 13/2019 (BOE, 46, de 22-2-2019).

⁹⁴ Esteve y Elizalde (2020), Fuentes-Lojo Rius (2020).

⁹⁵ Esteve y Elizalde (2020: 54-55).

⁹⁶ *Supra* III.2.2.

aunque tuviesen rango legal. Por otro lado, tampoco tendrían por qué escapar a idéntica valoración los casos de alquiler social obligatorio regulados desde 2015 y que, por motivos políticos, no han sido analizados por el TC.

En el FJ 5, especialmente letras *f* y *g*, de la STC 16/2021, se emplea una terminología contundente e inequívoca, puesto que se parte de que:

La mayoría de los artículos contra los que se dirige este primer motivo regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos —obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social— que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la Administración y cuyo incumplimiento habilita a ésta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda.

A renglón seguido afirma que «no puede considerarse, como en el caso de la STC 93/2015, que esas normas son simplemente instrumentales para la política de vivienda de la Comunidad Autónoma, porque ese incumplimiento, apreciado por la Administración, da lugar a las reacciones exorbitantes de ésta [...]».

El TC no se refiere a la incidencia de estas disposiciones sobre el derecho al acceso a la justicia, puesto que no lo necesita para declarar la inconstitucionalidad sobre la base del argumento relativo a la inadecuación del decreto ley. Pero esta es una de las cuestiones que más polémica ha generado en Cataluña. Si bien los artículos relevantes se refieren constantemente a la imposibilidad de iniciar procedimientos o de continuarlos sin acreditar que se ha ofrecido el alquiler social y que este ha sido rechazado (o que ha pasado un mes desde la oferta), las Audiencias Provinciales de Barcelona y de Gerona⁹⁷ han entendido, amparándose en las alegaciones presentadas por el propio Gobierno y por el Parlamento catalanes ante el TC, en el art. 24 CE y en el principio que recogen los arts. 11 LOPJ y 403 LEC, que se trata de una «mera» obligación administrativa y que en nada interfiere en el procedimiento civil de que se tercie⁹⁸. Esto contrasta con la postura del TSJ de Cataluña, que, como otras

⁹⁷ Transcribe en sustancia los referidos acuerdos la SAP de Gerona (1) de 18-6-2020 (ECLI:ES:APGI:2020:946), FJ 3.

⁹⁸ En el mismo sentido, Fuentes-Lojo Rius (2019: 1-9), con opiniones de distintos expertos; Pérez Daudí (2019: V, VI.1), quien apunta, no obstante, que corresponde en

instancias menores, sí lo ha considerado un requisito procesal⁹⁹, de conformidad con la letra de la ley (y, cabe añadir, con el objetivo que persigue¹⁰⁰). Sin perjuicio de la inseguridad que puede generar esta disparidad de criterios y de que la cuestión, si se vuelve a plantear al TC, se reconduzca, una vez más, a la delimitación competencial (art. 149.1.6 CE), el verdadero problema radica en determinar si estas restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva son admisibles en el ordenamiento.

IV. DE LA PROPORCIONALIDAD EN ABSTRACTO A LA PROPORCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO

La normativa procesal tiene por cometido salvaguardar los derechos de las personas. También en el marco del derecho a la vivienda, las garantías procesales juegan un papel relevante, y cabe concretarlas en la necesidad de que una autoridad judicial independiente pueda entrar a valorar, en cada caso concreto, si la actuación de realización del propio derecho que interfiere con la vivienda ajena es proporcional o no. Se hace preciso determinar si el despojo posesorio es la única alternativa posible para la satisfacción del actor, o bien si puede hallarse una solución menos gravosa o si las circunstancias justifican una demora razonable. Es el criterio que emplea el TEDH para valorar si las restricciones al derecho a permanecer en la vivienda se justifican por el hecho de perseguir la realización de objetivos de las políticas públicas de vivienda y cómo deberían articularse¹⁰¹, teniendo en cuenta que no toda demora es admisible¹⁰², aunque cuente con respaldo legal¹⁰³.

exclusiva al TC depurar el ordenamiento de normas inconstitucionales, sin que la autoridad judicial pueda dejar de aplicar la ley vigente.

⁹⁹ AATSJ Cataluña 173/2018 y 178/2018, de 26-11-2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018:591A y ECLI:ES:TSJCAT:2018:596A, respectivamente); 29/2019, de 25-2-2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:124A) y 175/2019, de 10-10-2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:537A).

¹⁰⁰ Esteve y Elizalde (2020: 61-64).

¹⁰¹ Un resumen de la doctrina del TEDH en este punto, cuando quien reclama es un poder público, en Domurath y Mak (2020: 14-16).

¹⁰² Caso *Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. contra Italia*, de 13-12-2018 (ECLI:CE:EC-HR:2018), donde se estimó, recogiendo doctrina anterior, que ni la falta de recursos ni la ausencia de alojamiento alternativo justificaba una demora de cinco años en recuperar la posesión de un inmueble ocupado; véase también *Matheus contra Francia*, de 31-3-2005 (ECLI:CE:ECHR:2005:0331JUD006274000).

¹⁰³ Caso *Immobiliare Saffi contra Italia*, de 28-7-1999 (TEDH 1999\31).

Un juicio de proporcionalidad de esta naturaleza en las relaciones entre particulares ha llegado a aprobarse en Irlanda, por medio del *Land and Conveyancing Law Reform (Amendment) Act* de 2019¹⁰⁴. Con algunas variaciones respecto del texto original, cuyo título no podía ser más expresivo (*Keeping People in their Homes*), la ley finalmente aprobada se aplica en el marco de la realización del derecho del acreedor hipotecario y especifica los criterios que debe tener en cuenta la autoridad judicial para valorar la proporcionalidad de permitir que el acreedor despoje al demandado de su vivienda habitual y única, entre los que destaca la conducta de las partes a la hora de hallar una solución alternativa.

El hecho de que Irlanda sea un sistema de *common law* no impide plantear la posibilidad de incorporar mecanismos de ponderación de este estilo en ordenamientos de *civil law*, puesto que tampoco en estos últimos es cierto que el juez sea sencillamente la boca de la ley. Lo que requiere la autoridad judicial, en ambos tipos de sistema, son pautas para resolver, que puedan adaptarse al caso concreto, como sucede, sin ir más lejos, en los litigios matrimoniales o de pareja.

Propuestas de este estilo van más lejos que la doctrina del TEDH sobre derecho a la vivienda, ya que para esta instancia el juicio de proporcionalidad se reserva a supuestos en que el particular afectado se enfrenta a los poderes públicos. En cambio, cuando el derecho a permanecer en la vivienda entra en conflicto con el derecho de un particular a recuperar la posesión del inmueble, la balanza se inclina generalmente hacia este último, dados los impredecibles efectos perjudiciales que exigir tal control podría tener sobre el mercado¹⁰⁵.

No obstante, una regulación positiva del juicio de proporcionalidad, defendida por buena parte de la doctrina más implicada en la perspectiva de derechos humanos del derecho privado, podría conllevar la superación de las distinciones, en buena medida artificiales, en función de los sujetos implicados¹⁰⁶ y concebirse como un paso adelante en la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, templada por el control judicial. Esto requiere, sin duda, impulsar mecanismos que eviten la litigiosidad, en aras de no colapsar el sistema.

¹⁰⁴ Disponible en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2019/act/22/enacted/en/html> (visitado el 10-2-2021).

¹⁰⁵ Casos *Vrzic contra Croacia*, de 12-7-2016 (JUR 2016\194477) y, especialmente, *FJM contra el Reino Unido*, de 6-11-2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:1106DEC007620216). Cfr., no obstante, con *Brežec contra Croacia*, de 18-7-2013 (JUR 2013\267976).

¹⁰⁶ Nield (2013: 156); Benito (2019).

Una primera tentativa en este sentido se encuentra en el art. 1, apdos. 2 a 4, del RDL 11/2020¹⁰⁷, puesto que al regular la suspensión de lanzamientos en procedimientos arrendaticios también cuando el arrendador sea persona física, contempla la posibilidad de que la vulnerabilidad sea compartida, caso en el cual delega en el juez la decisión sobre qué situación es más delicada. Se trata de una norma excepcional y transitoria, que además no establece con base en qué criterios debe decidir la autoridad judicial y que parte de unos parámetros preestablecidos de vulnerabilidad, pero quizá sirva para abrir nuevas vías en el siempre complejo universo de la vivienda.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El problema de la vivienda no es exclusivo ni de un momento histórico ni de una localización geográfica, pero ambos requieren soluciones estructurales y específicas. Las políticas de vivienda demandan una visión a largo plazo y, paralelamente, capacidad de reacción. Tanto una como otra parecen fallar cada vez que se las pone mínimamente a prueba.

A raíz de la crisis de 2008 en España se adoptaron una serie de medidas que, siempre de modo desordenado, pudieron hacer pensar en algún momento que se tendía a configurar un derecho de propiedad distinto para la vivienda, pero, en realidad, como se ha intentado resaltar, la protección solo operaba frente a determinados sujetos y, en particular, frente al acreedor hipotecario (aunque a veces solo si intentaba cobrar por medio del procedimiento privilegiado a su alcance). Más que delimitar un objeto del derecho de propiedad especialmente protegido, cabe afirmar que se estaba perfilando la función social de los derechos reales de garantía.

Esta línea, sin embargo, quedó truncada con la tardía transposición de la Directiva 2014/17, puesto que el punto de mira dejó de ser la vivienda para pasar a ser el consumidor de financiación. Tanto la jurisprudencia del TJUE como la implementación de la normativa europea tienden a confirmar la concepción de la vivienda como bien de consumo y de inversión.

En el extremo opuesto, la vertiente de la vivienda como bien social ha llevado a una prolija regulación por parte de las comunidades autónomas cuyo común denominador es el afán de doblegar a los que se consideran grandes tenedores de viviendas para que las destinen a un uso residencial, y de este modo paliar el déficit de vivienda pública. De no hacerlo así, se les imponen

¹⁰⁷ *BOE*, 91, de 1-4-2020. Texto consolidado disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/31/11/con>

sanciones o tributos, se les amenaza con expropiarles el uso y, en determinados casos, se les obliga a ofrecer un alquiler a personas vulnerables, a cambio de una renta muy reducida y por plazos potencialmente largos, tal vez impidiéndoles el acceso a los tribunales en otro caso.

El TC raramente se ha pronunciado sobre el fondo. Ha resuelto prácticamente siempre sobre la base de argumentos competenciales o relativos al instrumento legislativo empleado.

Y esos pronunciamientos sobre el fondo, así como la exploración de alternativas a dictados mecánicos (al estilo del juicio de proporcionalidad), son necesarios, puesto que este alud de normativa de origen administrativo, por mucho que esté plagada de imprecisiones técnicas¹⁰⁸ y aparezca con frecuencia sorpresivamente¹⁰⁹, no deja de modular, en ocasiones de modo muy intenso, las relaciones jurídicas entre particulares. Y todo hace sugerir que, como el derecho urbanístico, y de la mano del desarrollo del derecho a la vivienda, ha llegado para quedarse.

Bibliografía

- Agüero Ortiz, A. (2017). Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo: ¿Qué prefiere, vivir 3 años gratis en la casa ejecutada, o 5 años pagando un alquiler? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 21, 148-153. Disponible en: <https://bit.ly/33zINpD>.
- Alonso Pérez, M. T. (2015). El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares. *Revista de Derecho Civil*, 2(2), 31-67. Disponible en: <https://bit.ly/3fecNeJ>.
- Anderson, M. (2018a). La tasación de la finca a efectos de la hipoteca y de su ejecución. En Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Vivienda e hipoteca* (pp. 185-240). Madrid: Tecnos.
- (2018b). ¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda? Perspectiva europea, española y catalana, a partir de la situación del deudor hipotecario. En M. E. Lauroba Lacasa (dir.) y J. Tarabal Bosch (coord.). *El derecho de propiedad en*

¹⁰⁸ Como la referencia a la «extinción del contrato de compraventa» en el art. 12 de la Ley valenciana 2/2017 o las citadas por Messía (2020: 3425, 3455) en relación con la definición de vivienda desocupada en la legislación andaluza.

¹⁰⁹ Cosa que no aprueba el TEDH: *Nobel contra Países Bajos*, de 12-7-2013 (ECLI:CE:ECHR:2013:0702DEC002712611).

- la construcción del Derecho privado europeo* (pp. 389-413). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021). La normativa sobre lloguer social: perspectives des del dret privat. En Institut de Dret privat europeu i comparat y Universitat de Girona (coord.). *Vint-i-unenes Jornades de Dret Català a Tossa* (en prensa). Girona: Documenta Universitaria.
- Aranda, J. L. (2021). Un simulacro con alquileres reales sitúa los precios de Madrid por debajo de los de la estadística oficial. *El País*, 16-2-2021. Disponible en: <http://bit.ly/Alquilerescontrol>.
- Asua González, C. I. (2020). Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019. *Derecho Privado y Constitución*, (37), 235-272. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.01>.
- Banco de España (2020). *Memoria de reclamaciones 2019*. Disponible en: <http://bit.ly/BdERecl2019>.
- Benito Sánchez, J. C. (2019). F. J. M. v. the United Kingdom: Judicial review of the proportionality of an eviction in private rental housing. *Strasbourg Observers Blog*, 15-1-2019. Disponible en: <http://bit.ly/FJMvUK>.
- Brualla, A. (2020). Berlín y París muestran el fracaso de las medidas para intervenir el alquiler. *El Economista*, 18-11-2020. Disponible en: <http://bit.ly/BerlinParis>.
- Canela, J. (2021). La Generalitat valenciana fuerza la venta de pisos de un «fondo buitre» para evitar el desahucio de 21 familias. *El Público*, 27-2-2021. Disponible en: <http://bit.ly/PublicoValencia>.
- Consell Garanties Estatutàries (2019). *Dictamen sobre el Decret llei 9/2019, de 21 de maig, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya en l'àmbit de la penyora*. Disponible en: <https://bit.ly/3bk1A2>.
- (2020). *Dictamen 2/2020, de 17-2-2020, sobre el Decret llei 1/2020, de 21 de gener, pel qual es modifica el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge*. Disponible en: <https://bit.ly/3bhzyDS>.
- De Barón, I. (2021). La asociación Asufin denuncia al Supremo ante la UE por actuar en contra del consumidor. *El País*, 14-1-2021. Disponible en: <http://bit.ly/Asufincuestiones>.
- Domínguez Luelmo, A. (2018). Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca. En Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Vivienda e hipoteca* (pp. 241-334). Madrid: Tecnos.
- Domurath, I. y Mak, Ch. (2020). Private Law and Housing Justice in Europe. *Modern Law Review*, 0, 1-33. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12557>.
- Enoch, C., Everaert, L., Tressel, T. y Zhou, J. (2014). *From Fragmentation to Financial Integration in Europe*. Washington DC: International Monetary Fund. Disponible en: <https://bit.ly/3bxgXwo>.
- Esteve Alguacil, L. y Elizalde Salazar, I. (2020). La reforma de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social i altres novetats del Decret Llei 17/2019. Una anàlisi des del dret privat. *Revista Catalana de Dret Privat*, 22, 39-75.

- Fuentes-Lojo Rius, A. (2019). La obligación de los grandes tenedores de ofrecer alquiler social antes de interponer demanda de ejecución o de desahucio. *Actualidad Civil*, 4, 1-9.
- (2020). Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. *Diario La Ley*, 4-2-2020.
- García Rubio, M. P. (2020). Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España. *Revista de Derecho Civil*, 7(2), 15-46. Disponible en: <https://bit.ly/2RO6dnq>.
- Gerstenberg, O. (2015). Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts. *European Law Journal*, 21(5), 599-621. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12121>.
- Hohmann, J. (2013). *The Rights to Housing. Law, Concepts, Possibilities*. Oxford: Hart Publishing.
- Iglesias Sánchez, S. (2014). Unfair Terms in Mortgage Loans and Protection of Housing in Times of Economic Crisis: Aziz v. CatalunyaCaixa. *Common Market Law Review*, 51(3), 955-974.
- Jiménez París, T. A. (2020). La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario: análisis de las reformas operadas por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 3974-3992.
- Kenna, P. (2010). International Instruments on Housing. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 2(1), 11-20. Disponible en: [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)1943-4162\(2010\)2:1\(11\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)1943-4162(2010)2:1(11)).
- Lambea Llop, N. (2016). Social Housing Management Models in Spain. *Revista Catalana de Dret Públic*, 52, 115-128. Disponible en: <https://bit.ly/3y7xwK4>.
- Lauroba Lacasa, M. E. (2008). Una relectura de la propiedad y su tuición en el Código civil catalán. *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 1025-1060.
- Mak, V. (2018). Social Considerations in EU Consumer Law. The Legislator, the Court and a Rhapsody in Blue. En D. Ferri y F. Cortese (eds.). *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU* (pp. 213-230). Oxford: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781351068529-13>.
- Messía de la Cerda, J. A. (2020). La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 3417-3465.
- Micklitz, H.-W. y Reich, N. (2014). The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive. *Common Market Law Review*, 51(3), 771-808.
- Nasarre Aznar, S. (2020). Lluève sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia. *Derecho Privado y Constitución*, 37, 273-308. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02>.

- Nield, S. (2013). Article 8 Respect for the Home: A Human Property Right? *King's Law Journal*, 24, 147-171. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02>.
- Pérez-Daudí, V. (2019). La obligación de ofrecer un alquiler social y el proceso judicial. *Diario La Ley*, 11-6-2019.
- Perriello, L. (2018). Right to Housing and Unfair Contract Terms. *Journal of European Consumer and Market Law*, 7(3), 96-103.
- Tornos Mas, J. (2015). El acceso a la vivienda, la nueva función social del derecho de propiedad y el recurso a medidas de naturaleza expropiatoria, sancionadora e impositiva. En J. Tornos Mas e I. Barral Viñals (dirs.). *Vivienda y crisis* (pp. 47-65). Barcelona: Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.